

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

**Relación del acto administrativo y el contrato estatal desde la perspectiva de la prestación
de servicios públicos en Colombia**

Andrea Carolina Araque Chacón

Tesis para optar por el título de magíster en derecho

Director

Angélica María Reyes Sánchez

Abogado Magíster

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Maestría en Derecho

2017

Tabla de contenido

Introducción

1. Manifestación de la voluntad de la Administración: el acto administrativo	8
1.1 Poder de la Administración Pública a partir de la Constitución Política de 1991	9
1.1.1 Administración pública y el derecho administrativo	9
1.1.2 Finalidades públicas como límites al Poder y a las prerrogativas públicas	11
1.1.3 Administración pública como función administrativa.	13
1.2 Acto administrativo: Noción, criterios, clasificación y la finalidad	14
1.2.1 Noción	17
1.2.2 Criterios	21
1.2.3 Clasificación	25
1.2.3.1 Conforme al número de órganos que intervienen en expedición:	26
1.2.3.2 Conforme a las voluntades que intervienen en su formación:	29
1.2.3.3 Conforme a la relación con el servicio público	31
1.2.3.4 Conforme al grado de limitación del poder	32
1.2.3.5 Conforme al poder utilizado en su expedición	33
1.2.4 Atributos.	34
1.2.4.1 Legalidad	34
1.2.4.2 Ejecutividad u Obligatoriedad	36
1.2.4.3 Ejecutoriedad	37
1.2.4.4 Estabilidad	38
1.2.4.5 Impugnabilidad	39

1.3 Prestación de servicios públicos: Finalidad y deber del estado	39
1.3.1 Generalidades	39
1.3.2 Como Finalidad Estatal	42
1.3.3 Como deber Estatal	45
2. Administración pública como sujeto contractual	51
2.1 Fundamentos constitucionales y legales de la contratación pública	51
2.1.1 Fundamentos constitucionales	51
2.1.2 Fundamentos legales de la Contratación Pública	54
2.2. Particularidades del régimen Contractual de la administración pública	64
2.2.1 Limitaciones de la autonomía de la voluntad	64
2.2.2 Prerrogativas públicas y su relación con el servicio público	69
2.3 Actividad contractual del Estado: prestador de servicios	72
2.3.1 El contrato estatal y la prestación de servicios	72
2.3.2 Contrato estatal como acto administrativo en la prestación de servicios	74
2.3.3 Actividad contractual limitada por el servicio público	76
3. Prestación de servicios: del acto al contrato	82
3.1 Similitudes entre el acto administrativo y el contrato estatal	82
3.1.1 Poder Público de la administración y función administrativa	82
3.1.2 Prerrogativas públicas y servicios públicos	84
3.1.3 Servicios públicos: Acto administrativo y el contrato estatal	86
3.1.4 Límites a la voluntad	87
3.1.5 Contrato estatal como acto administrativo	88

3.1.6 Principios de los servicios públicos, de la función pública y su estrecha relación con los principios de la ley 80 de 1993	90
3.1.7 Control jurisdiccional	90
3.2 Diferencias entre el acto administrativo y el contrato estatal	90
3.3 Análisis y Conclusiones	91
3.3.1 El Acto administrativo entendido en sentido amplio	92
3.3.2 El contrato estatal hacia el derecho público	95
3.3.3 Reforzamiento de las prerrogativas, y restricciones al derecho privado	96
3.3.4 Desde la prestación de servicios públicos, Contratos de la administración como actos administrativos bilaterales.	99
Referencias Bibliográficas	101

Lista de figuras

Figura 1. Clasificación del acto administrativo	26
Figura 2. Clasificación del acto administrativo conforme al número de órganos que intervienen en expedición	26
Figura 3. Clasificación del acto administrativo conforme a las voluntades que intervienen en su formación	29
Figura 4. Clasificación del acto administrativo conforme a la relación con el servicio público	31
Figura 5. Clasificación del acto administrativo conforme al grado de limitación del poder	31

Introducción

Para identificar si existe relación entre los contratos de la administración como actos administrativos bilaterales, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano, (i) se describirá el acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración pública y (ii) se describirá la actividad contractual de la administración pública en la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico Colombiano, para finalmente (iii) poder Identificar los fundamentos que permiten establecer una relación de los contratos de la administración como actos administrativos bilaterales.

Para ello en el primer capítulo y con el objetivo de describir el acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración pública, se estudiará el poder de la administración pública, las finalidades públicas como limitantes del poder y de las prerrogativas públicas, se describirá la institución del acto administrativo concluyendo su “sentido amplio”, y se referirá a la prestación de servicios públicos.

Igualmente, y con el objetivo describir la actividad contractual de la administración pública en la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico Colombiano, se hará referencia a los fundamentos constitucionales y legales de la contratación pública, a las particularidades del régimen Contractual de la administración pública, a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, a las Prerrogativas públicas en relación con el servicio público, y a la actividad contractual del Estado desde la prestación de servicios.

Argumentos, que permitirán identificar fundamentos que caracterizan la relación existente entre el contrato estatal y el acto administrativo desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano; dando respuesta a nuestra pregunta de

investigación y en cumplimiento al objetivo general, para establecer ¿si existe relación entre el acto administrativo y el contrato estatal desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico Colombiano?.

1. Manifestación de la voluntad de la Administración: el acto administrativo

Para establecer la relación entre los contratos de la administración, y los actos administrativos, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano, se hace necesario describir el acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración pública.

Para el desarrollo del presente capítulo, se estudiará el poder de la administración pública, a partir de su revisión como institución del derecho administrativo, con el fin de determinar el grado en el que la administración y el derecho administrativo se edifican en el orden jurídico, en procura del bienestar y del bien común, igualmente se estudiará a las finalidades públicas como limitantes del poder y de las prerrogativas públicas, para afirmar que la limitante y el poder a que refieren las prerrogativas, justifican su existencia siempre que propendan por la consecución de los fines estatales, presentando a la administración pública como función administrativa, en la que tanto el acto administrativo como el contrato estatal, se convierten en los mecanismos con los que cuenta la administración como forma de manifestación para dar cumplimiento a sus cometidos.

Igualmente, y con el fin de describir la institución del acto administrativo, se hace necesario dedicarle un espacio importante, en tanto no existe en la doctrina un único criterio para estudiar la noción, criterios, clasificación y la finalidad del mismo, con el objetivo de entenderlo en “sentido amplio”, describiendo las características que posteriormente serán debatidas.

Finalmente, en este capítulo se describirá la prestación de servicios públicos a fin de mostrar que, constitucional y jurisprudencialmente, son entendidos como inherentes a la finalidad del Estado, y como deber estatal en la medida que el estado tiene la obligación de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Así, este capítulo tiene como objetivo describir el acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración pública, precisando en cada aspecto el poder de administración, acto administrativo y prestación de servicios públicos fundamentos que permitan caracterizar en el segundo y tercer capítulo identificar la relación entre los contratos de la administración y actos administrativos, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos.

1.4 Poder de la Administración Pública a partir de la Constitución Política de 1991.

El poder de la administración es entendida como aquella facultad con la que cuenta la administración pública para adoptar sus decisiones y medidas, el cual es materializado a través de la función administrativa, mediante cada actividad concreta ejecutada hacia la realización de sus cometidos y la efectividad de sus finalidades, entre ellas la prestación de servicios públicos, por tanto, se hace preciso mencionar asuntos como la administración pública, finalidades, límites, prerrogativas, y la consideración de la actividad de la administración pública como función pública.

1.1.1 Administración pública y el derecho administrativo. La administración pública esta instituida de poder para manifestar su voluntad, y adoptar sus decisiones, justificando su existencia en la medida en que dicha actividad se desarrolla en ejercicio de la función pública para el cumplimiento de las finalidades estatales.

Para hablar del poder de la administración pública, se deberá concebir en primer lugar a la administración como el presupuesto básico de la existencia del derecho administrativo, entendida como una organización articulada, estable y jerarquizada (Sanchez, 2005, pp. 44), que dentro de la dinámica del derecho administrativo moderno, nos refiriendo a una administración reconocida de poder instituido, que reconoce la distribución del poder y de las funciones de los asuntos públicos, del respeto, reconocimiento, y garante de los derechos constitucionales, con sujeción del poder al derecho y la ley, y a una administración con deberes definidos para que en su actuar busque la satisfacción de las necesidades de la sociedad, el bien común y los intereses generales.

Para efectos del presente trabajo, nos apartamos de la idea clásica del derecho administrativo y de una administración estrictamente protectora de los derechos individuales, para entenderla desde una perspectiva defensora de los principios, los derechos individuales y como colectivos, que en últimas resulta ser la aplicación del estado social de derecho, teniendo como fundamento la constitución Política, por cuanto es la base fundamental del ordenamiento jurídico del estado y sus orientaciones influyen en la concepción de derecho administrativo y los asuntos públicos, en la que se plasma el querer político, social y filosófico del constituyente primario (Penagos, 2004, p. 207), considerando a la Constitución como primera fuente formal del derecho administrativo.

Igualmente, se entenderá bajo la aceptación de la concepción clásica de Montesquieu (Montesquieu. 1993, p 105), como un complemento de la noción de administración pública y no como la concepción en sí, toda vez que la administración pública no sólo se somete al cumplimiento y ejecución de la ley, sino que tiene un papel más activo que impulsa su actuar en la permanente búsqueda de la realización de las finalidades del estado, con poder de decisión, con

potestad de control y sistema de participación ciudadana, para evitar el desbordamiento del poder de la administración pública.

Es así, como se relacionan en la medida que la administración y el derecho administrativo moderno se edifica a partir del respeto al orden jurídico y en la acción efectiva en procura del bienestar y el bien común” (Santofimio, 2007, p. 29), con un carácter activo y dinámico, en tanto está instituido de legalidad, para adoptar sus decisiones y las medidas en pro de la efectividad de los fines estatales, dentro de los marcos de las normas superiores, constitucionales y legales, criterios de discrecionalidad y las prerrogativas públicas estatales.

1.1.2 Finalidades públicas como límites al Poder y a las prerrogativas públicas. Al referirnos específicamente a las facultades y/o potestades de la administración, es importante mencionar la comprensión de estas en torno al poder de la administración dentro del estado social de derecho, por tanto, deben enmarcarse dentro del respeto, búsqueda y procura de las finalidades estatales, para ello el estado también cuenta dentro de sus potestades con la posibilidad de la adopción de las prerrogativas públicas propias de la administración pública¹, que no son otra cosa que la “facultad estatal de ejecutoriedad de sus mismas decisiones” traducidas en manifestaciones, que cuentan con total admisión constitucional y legal, o como las define Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández (1997) son un principio de toda decisión y operación de la administración, en la que la administración no necesita someter sus decisiones a un juicio declarativo para ejecutoriarlas por propia autoridad. (García y Ramón, 1997, p. 483).

¹ Prerrogativas que en la doctrina española se ha desarrollado la auto tutela como una manifestación de la administración para ejecutar sus propios actos.

Prerrogativas públicas, que justifican el principio de legalidad de las actuaciones estatales, toda vez que las dota de presunción de validez y de inmediata ejecutoriedad; y que rompen con el principio de igualdad desde el contexto de la relación de paralelismo existente en las relaciones contractuales, en tanto posiciona a la administración pública en un estatus superior respecto al particular, exención que, la corte constitucional precisó como un privilegio de la administración, en la decisión y la ejecución de sus actos (Corte Constitucional, 1994, T-260); igualmente esta misma corporación, al hacer una breve descripción de la teoría de las prerrogativas públicas, cita a García de Enterría y Fernández (1997), para exponer que la administración está "dotada de prerrogativas, entendiendo por tal la realizada con medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del Derecho Civil" (Como se cita en Corte Constitucional, 1999, C-539), argumentando que son facultades que tienen como criterio constitutivo el cumplimiento de las finalidades constitucionales, en aras a la satisfacción del interés general.

Como complemento de lo anterior, es importante anotar lo anunciado en el Curso de Derecho Administrativo de García de Enterría y Fernández citados por Penagos 2004, quienes manifiestan que el poder "es una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual este se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino solo un instrumento" (Penagos, 2004, p. 92); por tanto es el poder aquella construcción de la sociedad que faculta a la administración para lograr lo asignado, es decir las finalidades estatales.

Entendiendo que, dentro de las finalidades estatales, se encuentran inmersos los fines esenciales² descritos en el artículo 2 de la Constitución, las obligaciones, deberes y principios

² Constitución política, 1991. Artículo 2 fines esenciales del estado. "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes

constitucionales instituidos en aras a la efectividad del interés general y colectivo, dicho poder de la administración pública es ejercido mediante actividades relativas a la seguridad, salubridad, regulación, planificación, defensa, preservación, gestión, entre otras, como prestación de servicios que nos referiremos en otro momento, pero que vale la pena anotar que conforme a la teoría de servicios de DUGUIT³, el cumplimiento de las finalidades que se asignan al estado legitiman a las autoridades y al poder en la medida que cumplan con las obligaciones y deberes para con la sociedad, actividades que se concretan en los llamados servicios públicos, noción que para el autor enunciado implica interés general o bien común.

Así las cosas, y conforme a lo expuesto entenderemos al poder de la administración pública como el objeto y presupuesto básico del derecho administrativo, y como aquella potestad, facultad y privilegios con que cuenta el estado, para hacer cumplir los cometidos asignados y ejecutar sus propios actos, que justifica su existencia siempre que propenda por la consecución de los fines estatales (Penagos, 2004, p.89).

1.1.3 Administración pública como función administrativa. El poder de la administración pública, dirigido constitucionalmente a la ejecución de sus deberes jurídicos, constituye en sí función estatal, es decir, el poder otorgado se materializa a través de la función administrativa (República de Colombia, 1998, Ley 489)⁴, que es la actividad concreta, dirigida mediante una acción a la realización de los fines determinados, función que conforme lo estipula

consagrados en la Constitución” entre los deberes consagrados en la constitución encontramos la prestación de los servicios públicos estipulado en el artículo 365.

³ Teoría que fue desarrollada por LEON DUGUIT, en sus obras “transformaciones del derecho público” (1926), “las transformaciones del derecho público y privado” (1975), “las transformaciones del estado” (2007).

⁴ Ley 489 de 1998. “considerado Estatuto de la función pública”.

la Constitución de 1991⁵ la pueden ejercer no sólo las ramas del poder público, y demás órganos del estado, sino los particulares que autorice la ley, función que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, igualmente señala que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado.

La cuestión anterior, es explicada por Dromi (1996) cuando dice que la función administrativa “es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que la realice y que se traduce en una ejecución concreta y práctica, y cuando ese fin es de interés colectivo, estaremos en presencia de administración pública” (Dromi, 1996, p. 124), es decir la función administrativa se materializa en la realización de actividades como: proferir normas jurídicas de carácter general o particular, ejecutar sus propias actuaciones, expedir actos jurídicos en los que encontramos el acto administrativo y el contrato estatal⁶, que son los mecanismos con los que cuenta la administración estatal para dar cumplimiento a sus cometidos, y son formas de manifestación de la administración (Rodríguez, 2007, p. 255), toda vez que está no sólo refleja su actuar mediante decisiones unilaterales, sino que por el contrario en algunas ocasiones, necesita del consenso, acuerdo o pacto para producir una actuación.

Así las cosas, nos dedicaremos en el siguiente acápite a estudiar la teoría del acto administrativo, en primera medida como uno de los mecanismos jurídicos por medio del cual la

⁵ Constitución política de Colombia de 1991. De la función pública Artículos 209 al 211.

⁶ Ley 80 de 1993 artículo 32, define al contrato estatal como todos los “actos jurídicos” generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”

administración se manifiesta, ejerciendo su poder, lo que se traduce conforme a lo ya expuesto en la actuación o la llamada función administrativa.

1.5 Acto administrativo: Noción, criterios, clasificación y la finalidad.

Para hablar de la relación del acto administrativo y el contrato estatal se hace necesario estudiar la noción, criterios, clasificación y finalidad del acto administrativo, en tanto no existe un único criterio para precisarlo, previa síntesis de los antecedentes de la institución estudiada como acto administrativo.

El acto administrativo tiene su génesis en la voluntad y decisión de la administración, en sus inicios fueron los romanos quienes influyeron en la construcción de la teoría del acto, sentando principios doctrinales que tienen aún influencia en el derecho administrativo actual (Penagos, 2001, p. 4), como la obligatoriedad o ejecutoriedad de las decisiones tomadas del emperador; a continuación, en época de la monarquía, de la voluntad absoluta del gobernante y de la centralización del poder entre los siglos XV y finales del XVIII existió un fortalecimiento del poder absolutista en el que predominaba la centralización de la autoridad y de la voluntad, manifestaciones que fueron llamadas como lo anuncia Penagos (2004) actos del rey, de la corona o acto del fisco dentro del imperio de los regímenes arbitrarios de las monarquías absolutistas.

Posteriormente, entre los años 1790 y 1793, comienzos de la revolución francesa, y tras la influencia de los principios orientadores de la misma, se dio origen al nacimiento del estado de derecho, lo que a su vez dio como resultado la separación de las funciones del poder público legislativo, ejecutivo y judicial, y el desarrollo del derecho administrativo como un derecho autónomo (Berrocal, 2004, p. 6), del derecho administrativo como derecho autónomo, y bajo el

poder , voluntad y decisión que le asiste al estado, surge el vocablo de lo que hoy conocemos como “acto administrativo”.

El vocablo “acto administrativo” fue usado por primera vez en la ley colombiana 16 fructidor del año III del 3 de septiembre de 1795, al prohibir a los tribunales el conocimiento de los actos de la administración, es así como la revolución francesa y conforme a las leyes expidas en dicho periodo se somete al gobernante a la ley, y su noción es contemporánea al constitucionalismo (Penagos, 2001, p. 11).

Inicia entonces paralelamente al surgimiento de la noción de acto, el decaimiento de los regímenes absolutistas, en tanto prevalecen las garantías y derechos de los individuos sobre la voluntad de la administración, dando lugar al estado de derecho en el cual existe un sometimiento estricto a la ley y el límite de las libertades es ley, luego concurre la sumisión expresa del estado a la ley, y posteriormente a lo que hoy conocemos como estado social de derecho, proclamado por la Constitución de 1991⁷, en su artículo 1 en el que además instituye que toda actuación administrativa debe estar enmarcada en la Constitución, y los principios que la orientan, ajustada

⁷ Constitución política de Colombia en su Artículo 1 determina que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, cuestión que la Asamblea Nacional Constituyente al promulgar la Constitución Política, estableció un marco jurídico “democrático y participativo” definiendo al Estado como lo explica la sentencia C-150 de 2015 en un estado “social de derecho reconstituyéndolo bajo la forma de república “democrática, participativa y pluralista”. Su carácter democrático tiene varios efectos. Entre otras cosas, implica (i) que el Pueblo es poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público y por ello de él se deriva la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, (ii) que el Pueblo, a través de sus representantes o directamente, crea el derecho al que se subordinan los órganos del Estado y los habitantes, (iii) que el Pueblo decide la conformación de los órganos mediante los cuales actúa el poder público, mediante actos electivos y (iv) que el Pueblo y las organizaciones a partir de las cuales se articula, intervienen en el ejercicio y control del poder público, a través de sus representantes o directamente”.

a la ley y deberá propender por dar cabal cumplimiento a las finalidades estatales descritas en el artículo 2 de nuestro código superior, es decir intrínsecamente el acto tiene un deber finalista para la consecución de los cometidos estatales.

Se diferencian el estado de derecho y social de derecho, “en la relación que construyen entre el Estado y los asociados: así, mientras que el primero busca ante todo limitar el poder, de tal manera que no pueda amenazar los derechos y libertades de los ciudadanos, el segundo acoge esa limitación del poder, pero también precisa que el Estado debe cumplir con unos fines en la sociedad, lo cual implica que intervenga en ella”. (Corte Constitucional. Sentencia SU-747 del 2 de diciembre de 1998.).

1.5.1 **Noción.** Para iniciar es necesario situarnos en el panorama de la actividad administrativa, la cual, desde el punto de vista jurídico, se cumple mediante los actos, los hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones (Rodríguez, 2007, p. 255), encontrando, dentro del primero, la expresión “actos”, nuestras dos Instituciones objeto de estudio: acto administrativo y contrato estatal, pues ninguna de ellas son situaciones que se producen independientemente de la voluntad de la administración, ni son la ejecución práctica de una decisión, tampoco son vías de hecho u omisiones administrativas. En el presente acápite hablaremos de esta actividad administrativa manifestada mediante “los actos”, específicamente el acto administrativo.

Para entender la noción del acto administrativo se parte de algunas posiciones en la doctrina y jurisprudencia, en tanto normativamente no ha sido desarrollada.

Doctrinalmente el acto administrativo ha sido definido como una manifestación de la voluntad de la administración, producto de actividad de la función administrativa, que de acuerdo con lo expuesto por Libardo Rodríguez (2007) en su obra derecho administrativo general y

colombiano, produce efectos y modifica el ordenamiento jurídico, noción que fue jurisprudencialmente expuesta por el consejo de estado de la siguiente manera:

...se entiende por acto administrativo la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que en si misma cree, extinga o modifique una situación jurídica (Consejero Estado. sección primera. Auto de la sala Unitaria expediente No. 3195. Libardo Rodríguez Rodríguez; febrero de 1995).

De dicho pronunciamiento podemos identificar varios elementos, la *manifestación de la voluntad* que comprenden tanto las declaraciones unilaterales como las bilaterales, tesis que es sostenida por Libardo Rodríguez cuando expone la noción de acto administrativo, manifestando que:

“La definición comentada comprende las manifestaciones de voluntad tanto unilaterales como bilaterales, es decir, tanto las que son producto exclusivo de la voluntad de la administración como las que son resultado del acuerdo de voluntades de la administración con otros sujetos de derecho”. (Rodríguez, 2007, p. 256).

Por otro lado, se podría identificar el elemento funcional cuando se dice que dicha expresión de la voluntad es *en ejercicio de una función administrativa*, y por último hace relación a los efectos jurídicos cuando se refiere a que dicha actuación está destinada a modificar, extinguir o modificar una situación jurídica.

Para el presente escrito es preciso resaltar la noción en sentido amplio, expuesta por Libardo Rodríguez y ya citada, en tanto manifiesta que el acto administrativo es una declaración de voluntad, pero que no sólo comprende las declaraciones unilaterales producto exclusivo de la voluntad de la administración, sino que están incluidas dentro de las manifestaciones de voluntad las bilaterales, resultado del acuerdo de voluntades de la administración con otros sujetos de derecho; otros agentes que podrían ser los particulares.

Por su lado García de Enterría y Fernández en su obra Curso de Derecho Administrativo citado por Yournes, 2007, al referirse al acto administrativo exponen que es “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la administración en ejercicio de su potestad administrativa, distinta de la potestad reglamentaria” (Yournes, 2007, pp 164), y al tratadista Marienhoff citado por Yournes (2007) quien expone que el acto administrativo es “toda declaración, disposición, o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas”. (Yournes, 2007, pp 165).

Por su parte Luis Enrique Berrocal al referirse a la noción de acto administrativo enuncia criterios para definirlo, organicista por cuanto emana de un órgano administrativo, material al referirse al alcance de la situación que contiene, funcional en tanto son expedidos en cumplimiento de la función administrativa, teleológico por la finalidad o propósito general del acto, formal que hace relación al cómo o al modo en la formación del acto, control jurisdiccional en tanto el control del acto administrativo es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, y criterio jerárquico por cuanto este está subordinado a la ley (Berrocal, 2004, p. 10-30).

Gustavo Penagos se refiere a las siguientes características del acto administrativo, exponiendo que es una decisión, una voluntad o declaración del querer jurídico de cualquier órgano del estado o de los particulares facultados con la finalidad de crear, modificar o extinguir una

relación jurídica. Incluyendo a los particulares como una expresión del desarrollo de derecho plasmado en los artículos 26, 123 inciso 3, 210 y 365 de la constitución política (Penagos, 2001, pp.120-124).

Para complementar, es necesario hacer referencia a que la manifestación a la que nos referimos con la noción de acto administrativo puede presentarse de funcionarios públicos o particulares, los cuales necesariamente deberán estar cumpliendo funciones públicas o administrativas, cuestión que coincide con el querer constitucional del capítulo v de la finalidad social del estado y de los servicios públicos, artículo 365 al establecer que los particulares podrán prestar los servicios públicos, en correspondencia con el artículo 123 de carta en la que determina que los particulares podrán temporalmente desempeñar funciones públicas y artículo 210 según el cual los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que establezca la ley.

Cuestión que es apoyada por la Corte Constitucional en Sentencia C-558 de 2001, cuando expone que:

A partir del decreto 01 de 1984 no cabe duda alguna en cuanto a que los particulares que desempeñen funciones administrativas pueden dictar verdaderos actos administrativos, susceptibles de los recursos gubernativos previstos en el Estatuto Contencioso o en regímenes especiales, para lo cual la respectiva entidad privada milita como sede administrativa en la órbita propia de la autotutela de los actos administrativos (Corte Constitucional. Sentencia C-558 del 31 de mayo de 2001.).

Así, y, en síntesis, para el presente escrito entenderemos por acto administrativo a la manifestación de voluntad en sentido amplio unilateral o bilateral emanada de la administración y/o particulares producto del cumplimiento de funciones públicas, que tienen el efecto jurídico de crear, extinguir o modificar una situación, con la finalidad de lograr lo cometidos estatales, difiriendo del sentido restringido en el que el acto administrativo únicamente es entendido como una manifestación de carácter unilateral.

1.5.2 **Criterios.** Para determinar la naturaleza del acto administrativo, dentro de la teoría del acto, es necesario estudiar los criterios que doctrinal y jurisprudencialmente han sido determinados, siendo estos el orgánico o formal o subjetivo, material, funcional o jurisdiccional, y jerárquico.

Criterio orgánico, formal o subjetivo:

Este criterio se refiere a que será acto administrativo todo aquel expedido por un órgano de la administración pública, es decir el acto administrativo se entiende como todo aquel que emana de un órgano (sujeto) administrativo del estado.

Así pues, cuando nos referimos a este criterio nos debemos ubicar en la etapa de formación del acto y tener en cuenta (I) al autor del acto, órgano o funcionario del estado que lo expide de lo cual dependerá si es acto legislativo, administrativo o jurisdiccional, (II) el procedimiento en su expedición por cuanto podría ser legislativo, administrativo o jurisdiccional según el cumplimiento de sus requisitos para su formación y (III) Forma según la cual también resultaría un acto u otro. (Rodríguez, 2007, p. 263-264)

Criterio que puede evidenciarse como lo expone Berrocal al referirse a la sentencia T-455 de 1994 de la corte constitucional en la que se muestra la tendencia de considerar que un acto es administrativo porque fue expedido por un órgano administrativo. (Berrocal, 2004, p. 15).

Si bien este criterio se funda en que la expedición del acto debe ser por los órganos de la administración, es importante dejar sentado que esta tesis se debilita cuando afirmamos conforme a lo ya expuesto que también los particulares autorizados pueden expedir actos sin necesidad de ser un órgano administrativo, así mismo es importante dejar claro que si bien los órganos de la administración pública expiden actos propios de la actividad administrativa no todos pueden ser considerados administrativos.

Criterio material:

El acto administrativo y conforme a lo expuesto por Carlos Ariel Sanchez Torres “se intentó definir al acto administrativo de forma material, mirando el contenido del acto para calificarlo como administrativo”(Sanchez, 2004, p. 28) , o como lo expone BERROCAL “al alcance de la situación jurídica que contiene, o lo que es igual, al alcance de sus efectos jurídicos respecto de los destinatarios del acto, dentro de los extremos de generalidad e individualidad, o de abstracción y concreción”, es decir, desde el punto de vista material el acto es administrativo en razón a su contenido y alcance de la situación jurídica o sus efectos.

Dicho criterio fue explicado por la corte constitucional cuando en la Ratio decidendi en la Segunda consideración “Acto Administrativo. Existencia, eficacia y fuerza ejecutoria. Suspensión provisional” (Corte Constitucional. Sentencia C-069, Magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, del 23 de febrero de 1995), en la cual describe la tesis de la escuela de burgos o el servicio

público de León Duguit, según la cual los actos se califican según la naturaleza interna del mismo, y su contenido en cuanto a su carácter general o individual para lo cual expone que existen dos clases de situaciones jurídicas, la primaria que hace relación a las “situaciones jurídicas generales, impersonales, objetivas o estatutarias” que son aquellas situaciones en las que el contenido les es igual y equivalentes para quienes sean o lleguen a ser titulares de estas, y la segunda “situaciones jurídicas individuales o subjetivas” las cuales son de contenido particular y específico (Rodríguez, 2007, p.264).

Así mismo, esta tesis de Rodríguez expone que de estas situaciones se pueden presentar tres clases de actos, actos regla, actos subjetivos y actos condición; respecto de actos regla indica que son aquellos actos que crean, extinguen o modifican situaciones de carácter generales o también llamadas impersonales, como las reglas de derecho o actos de categoría de ley; respecto de los actos subjetivos el doctrinante expone que produce los mismos efectos jurídicos que el acto regla con la diferencia que es respecto de una situación jurídica individual y por último el acto condición que se refiere a un acto intermedio entre los dos anteriores, en el cual se atribuye al individuo una situación general y que en dado momento este lo alcance quedando cubierto; de lo anterior es importante anotar que según este criterio serian únicamente actos administrativos los actos subjetivos y los actos condición por cuanto se refieren a personas determinadas, y por el contrario los actos regla serian actos legislativos. (Rodríguez, 2007, p.265).

Pero como lo manifiesta Berrocal dicho criterio no es factor diferenciador del acto administrativo conforme a la jurisprudencia del consejo de estado que se ha apartado de dicho criterio para aceptar como acto administrativo los generales y los particulares. (Berrocal, 2004, p. 17).

Criterio funcional o jurisdiccional:

Desde el punto de vista funcional nos referimos a que son actos administrativos aquellos dados en razón de la función administrativa y como lo expone Berrocal “según este criterio, el acto es administrativo si la función ejercida en su expedición es la función administrativa, independientemente de la rama del poder público a que pertenezca el órgano que lo profirió, e incluso, de si es o no una entidad estatal” (Berrocal, 2004, p. 18), para este autor y conforme a este criterio lo importante es que se haya hecho en uso de la función administrativa.

Por su lado Libardo Rodríguez al referirse a este criterio expone que los actos serán administrativos dependiendo de la jurisdicción que lo conoce, que tiene competencia para conocer o según a la que está sometida su control, entre estas el derecho privado llamada jurisdicción ordinaria o común, derecho público o jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción constitucional ejercida por la corte constitucional a partir de la constitución de 1991. (Libardo, 2007, p. 266).

Criterio que ha sido acogido por la ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia, y que como lo expone BERROCAL este criterio se encuentra reflejado en el artículo primero del código contencioso administrativo anterior Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, y ley 489 de 1998 estatuto orgánico de la administración pública nacional reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 910 de 2000 y en diferentes sentencias como lo son (sentencia del 26 de octubre de 1995 expediente número 3088, consejero ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz, sentencia del 29 de octubre de 1996, expediente S-404 consejero ponente Daniel Suarez Hernández y sentencia del 10 de noviembre de 1992, expediente número 1843 consejero ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz), (Berrocal, 2004, p. 19).

Criterio jerárquico:

Respecto de este criterio se entiende que el acto es administrativo siempre que esté subordinado a la ley, cumple una función respecto de la ley de ejecutarla y hacerla cumplir, o como mejor lo explica Libardo Rodríguez cuando diferencia entre actos legislativos y actos administrativos al exponer “ el acto será legislativo si debe respetar solamente la constitución, y será administrativo si debe respetar la constitución y la ley” (Rodríguez, 2007, p. 268), es decir será administrativo en tanto este en una categoría inferior que la ley.

Por lo anterior y partiendo de la idea ya expuesta que no existe un único concepto de acto administrativo, los criterios enunciados nos ayudan a comprender desde la teoría del acto la noción de “acto administrativo” a partir de diferentes puntos de vista.

1.5.3 Clasificación. En este acápite se describirán las clasificaciones más comunes expuestas doctrinalmente del acto administrativo, Conforme (I) al número de órganos que intervienen en su expedición, (II) a las voluntades que intervienen en su formación, (III) Su relación con el servicio público, (IV) a la limitación del poder y (V) conforme al poder utilizado para su expedición.

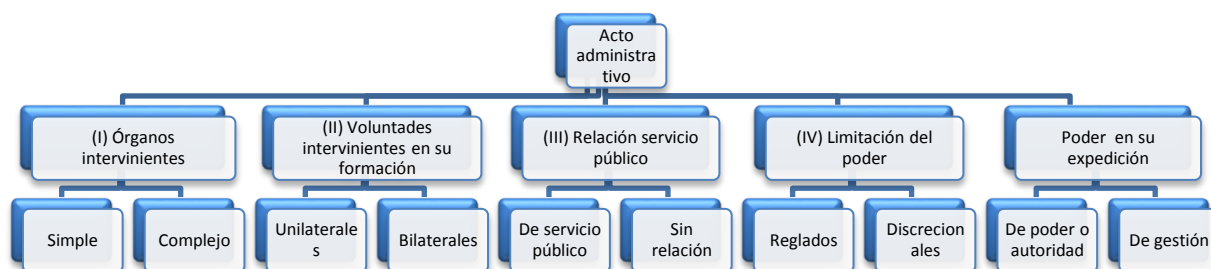


Figura 1. Clasificación del acto administrativo

1.5.3.1 **Conforme al número de órganos que intervienen en expedición.** Desde esta categorización los actos serán “actos simples” o “actos complejos”, los cuales de acuerdo a la doctrina se refieren al número de órganos que intervienen en su expedición.

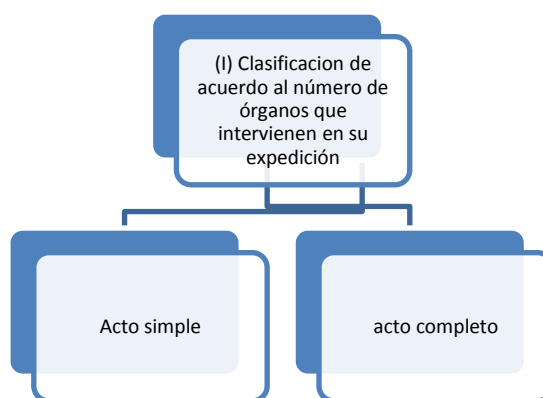


Figura 2. Clasificación del acto administrativo conforme al número de órganos que intervienen en expedición.

Acto simple:

Es aquel “que se produce por un solo órgano, independientemente que se exprese a través de un funcionario o de un conjunto de personas (órgano colegiado), y mediante una única declaración definitiva o pronunciamiento de dicho órgano” (Berrocal, 2004, p. 96), es decir es aquel acto en el que interviene una sola declaración del órgano de la administración indistintamente si dicho órgano integra más de una persona pues se entiende es la voluntad del conjunto la que determina la expedición de un acto simple; Cuestión que es afirmada por Carlos Ariel Sanchez Torres cuando se refiere al acto simple en un órgano colegiado, manifestando que será simple “si la diversidad de voluntades llegan a formar un único acto, se justificaría por el principio jurídico que considera al órgano colegiado un único acto” (Torres, 2004. P 234); Por su lado LIBARDO RODRIGUEZ afirma que son los que requieren para su expedición una sola actuación jurídica, clasificación que el llamo “desde el punto de vista del procedimiento”. (Rodríguez, 2007, p. 281), tal es el caso de un acto administrativo en el cual se realiza un nombramiento, se impone una multa y/o sanción, o cuando un grupo colegiado como un concejo municipal o una asamblea departamental expiden un acuerdo u ordenanza.

Acto Complejo:

Por el contrario, sería aquel que requiriere la intervención de varios órganos y/o funcionarios para su expedición, cuestión que es descrita por el último autor nombrado como aquel acto en el cual para su expedición intervienen varias actuaciones jurídicas.

Por su parte Luis Enrique Berrocal hace una descripción clara de lo que es un acto complejo, afirmando que dicho acto puede, a su vez, categorizarse en acto complejo propio y acto complejo impropio.

Será entonces, conforme a lo expuesto por este autor “acto complejo propio” aquel “que se forma por la fusión de las declaraciones que, de manera separada y sucesiva, profieren dos o más órganos sobre un mismo asunto y con el mismo fin” (Berrocal, 2004, p. 96), cuestión que explica citando al consejo de estado, sección segunda en sentencia del 16 de diciembre de 1994, expediente número 7322, Mp. Joaquín Barreto Ruiz, jurisprudencia en la cual se dice que en los actos administrativos complejos, la decisión se adopta con la intervención conjunta de dos o más órganos o autoridades, de tal forma que si falta la manifestación de la voluntad de alguno de tales órganos o autoridades, no se puede sostener que el acto ha nacido a la vida jurídica, pues en la formación debe concurrir en la misma dirección, las voluntades del número plural de autoridades que legalmente deben intervenir; es importante resaltar lo citado por este autor cuando cita al consejo de estado⁸ afirmando, que este acto que se forma es un acto único, es la voluntad declarada, por la fusión en una sola voluntad de las voluntades de los órganos que concurren en el proceso de formación del acto.

Para este autor BERROCAL, dicho acto complejo propio tiene las siguientes características: (I) Concurrencia de dos o más órganos en la formación del acto⁹, (II) pluralidad de declaraciones de cada órgano que se fusionan y se integran en un todo y (III) unidad o igualdad

⁸ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique cita al Consejo de estado, Sentencia S-342 de 27 de septiembre de 1994. Mp. Juan de Dios Montes. Sentencia S-070 del 9 de julio de 1991. Mp Consuelo Sarria Olcos. Sentencia S-680 del 9 de noviembre de 1998. Mp Juan Alberto Polo Figueroa.

⁹ Sentencia del Consejo de Estado en sentencia del 25 de mayo del 2000, sección primera, expediente número 5514 magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, cuando expone que es el “formado por una serie de actos con la concurrencia de diversas voluntades”.

de objeto o de contenido, unidad de fin e interdependencia entre las distintas declaraciones o actos para poder adquirir existencia jurídica. (Berrocal, 2004, p 97).

En relación al acto complejo impropio dicho autor expresa que se constituye por varios pronunciamientos dados en momentos distintos y consecutivos, pero emanados de un mismo órgano, es decir es una pluralidad de voluntades dentro de un mismo órgano. (Berrocal, 2004, p 99).

Por su lado Carlos Ariel Sánchez Torres dice que los actos complejos “son los resultantes del concurso de la voluntad de varios órganos o sujetos de la administración pública” (Torres, 2004, p.235).

1.5.3.2 Conforme a las voluntades que intervienen en su formación: De acuerdo a las voluntades que participan en la formación del acto acorde con la doctrina es unilateral o bilateral.



Figura 3. Clasificación del acto administrativo conforme a las voluntades que intervienen en su formación.

Unilaterales:

Serán Unilateral como lo expone LIBARDO RODRIGUEZ aquellos “producto de la voluntad exclusiva de la administración” (Rodríguez, 2007, p. 280), es decir interviene únicamente la voluntad de la administración y no dependen de consentimiento del particular para expedirse.

Es decir, son unilaterales aquellos fuera de toda combinación con actos de voluntad de otros sujetos, “aquellos en los que interviene un sujeto, la administración” (Sánchez, 2004, p. 241)

Tal es el caso de los actos administrativos en los que se realizan nombramientos, se aceptan renunciaciones, resoluciones emitidas por el nominador, representante legal, director, y/o funcionarios, y demás actos emitidos solo por un solo sujeto de la administración.

Bilaterales:

Serán bilaterales aquellos “que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas pertenecientes a la administración, como es el caso típico de los contratos” (Rodríguez, 2007, p. 280), es así como conforme a dicha tesis los contratos son actos administrativos en su formación bilateral.

Como lo refiere Agustín Gordillo en tratado de derecho administrativo (como se cita en Sánchez, 2004, p. 241) al referirse a esta clasificación y afirmar que:

“el contrato administrativo sería la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos, quedando para el acto administrativo la posibilidad de un triple planteo:

a) Que el acto sea unilateral en su formación y en sus efectos, esto no hay discusión alguna.

b) Que el acto sea unilateral en su formación y bilateral en sus efectos, no todos os autores admiten esta categoría.

c) Que el acto sea bilateral en su formación y unilateral en sus efectos: otros autores entienden que en estos caso no hay en realidad acto bilateral, sino dos voluntades que concurren a integrarse en un solo acto” (Sánchez, 2004, p. 241).

Así mismo, dicho autor manifiesta “respecto del acto administrativo contractual o bilateral, el carácter contractual de un acto surge cuando el acto se configura con la intervención de dos sujetos de derecho, es decir dos personas, en el cual una parte es el estado y la otra parte cualquier persona, pública o privada y como objeto un prestación pública” (Sánchez, 2004, p 242), en ese sentido el autor afirma que “si el estado otorga una concesión de servicios públicos y otorga la construcción de una obra pública, no está actuando como una persona de derecho privado sino como una persona de carácter público” (Sánchez, 2004, p 242). De lo anterior es importante resaltar que acto administrativo bilateral surge de la intervención de dos voluntades una del estado y otra persona pública o privada.

1.5.3.3 **Conforme a la relación con el servicio público.** Según esta clasificación los actos administrativos serán actos de servicio público y actos que no tiene relación con el servicio público, lo anterior teniendo en cuenta que como afirma Libardo Rodríguez “la noción de poder público fue reemplazada por la de servicio público”. (Rodríguez, 2007, p. 279).

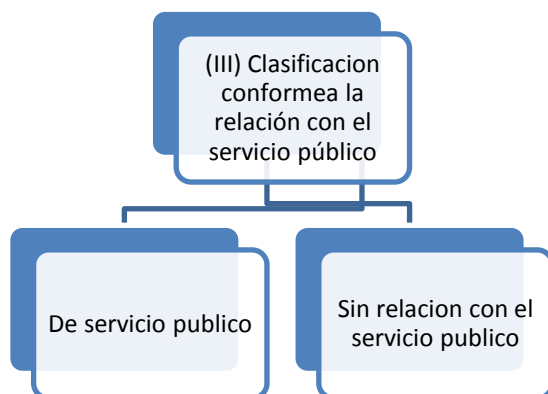


Figura 4. Clasificación del acto administrativo conforme a la relación con el servicio público.

Los actos de servicio público son aquellos que se refieren a directamente a dicha actividad teniendo una relación con el servicio público, en cambio los segundos se refieren a aquellos actos que no tiene relación, es decir son ajenos al servicio público. (Rodríguez, 2007, p. 279).

1.5.3.4 **Conforme al grado de limitación del poder.** Según el grado de limitación del poder, los actos pueden ser reglados o discrecionales. Es nominada la presente clasificación “grado de limitación del poder”, por cuanto las potestades estatales son limitadas y su voluntad relativa.

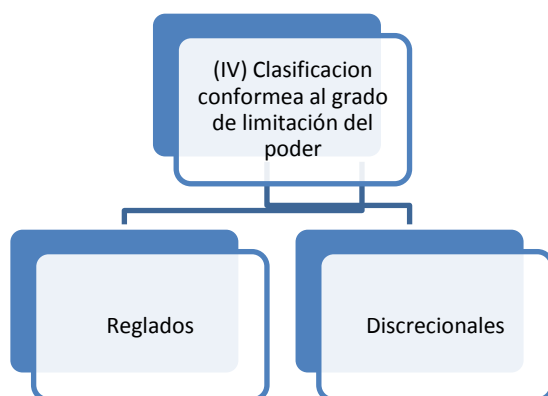


Figura 5. Clasificación del acto administrativo conforme al grado de limitación del poder.

Serán actos reglados, aquellos en los que el funcionario que los expida, se encuentre limitado en modo o hecho, tiempo y lugar, por lo estipulado en la ley entendida este en sentido amplio por cuando se refiere a todo aqueo que reglamente el acto especifico, quedando el estado y la administración subordinado a la ley, la cual exige un estricto cumplimiento evitando el libre actuar de la administración. (Berrocal, 2004, p. 96).

Por el contrario, serán actos discrecionales aquellos en los cuales la ley faculta a la administración para tomar una decisión, son los:

“que resultan de atribuciones en cuyo ejercicio su titular es libre de escoger la oportunidad para su expedición y/o determinar el contenido o sentido de la decisión, y/o valorar la conveniencia o el mérito para el miso efecto, así como el destinatario del acto” (Berrocal, 2004, p. 96).

1.5.3.5 Conforme al poder utilizado en su expedición.

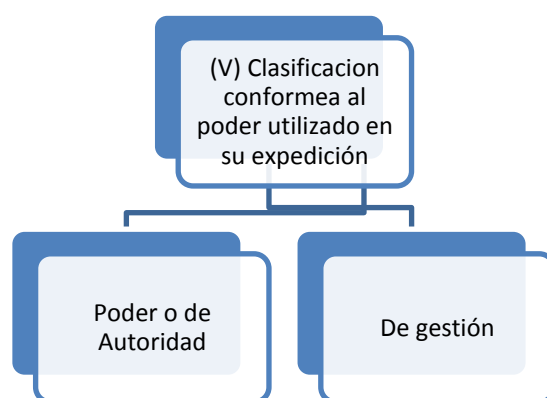


Figura 6. Clasificación del acto administrativo conforme al poder utilizado en su expedición

Esta clasificación expuesta por Libardo Rodríguez explica dos categorías de actos, los de poder o autoridad y los actos de gestión, los primeros según este autor son aquellos en los cuales la administración actúa apoyado en el poder, a través de órdenes, sanciones y/o prohibiciones, por el contrario los actos de gestión los cuales según este autor ya perdieron vigencia serian aquellos en los que la administración no actúa con dicho poder sino que por el contrario lo hace en igualdad de condiciones con los particulares. (Rodríguez, 2007, p. 278).

1.5.4 **Atributos.** El acto administrativo goza de ciertos atributos o características propias como (I) Legalidad, (II) Ejecutividad u obligatoriedad, (III) Ejecutoriedad, (IV) Estabilidad e (V) Impugnabilidad, por lo que se hará referencia a cada uno, a continuación:

1.5.4.1 **Legalidad.** Este criterio o característica del acto administrativo hace relación a la presunción de legalidad que se predica goza todo actuación de la administración, la cual hace admitir que los actos administrativos son expedidos conforme al ordenamiento jurídico.

Cuestión que fue explicada por BERROCAL, al exponer que se presume la legalidad del acto administrativo cuando ha sido expedido:

“De acuerdo al ordenamiento jurídico, o sea, conforme a las reglas para su creación, tanto desde el punto de vista materia, es decir, en relación con su contenido, como desde el punto de vista formal, esto es en lo concerniente a sus elementos, la competencia, requisitos, tramites, oportunidades y demás aspectos sustantivos y adjetivos para a expedición de cada acto administrativo” (Berrocal, 2004, p. 89)

Por su parte, el Consejo de Estado expone que:

“se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esta clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarcan” (consejo de estado en sentencia de la sección segunda, radicado No. 6264 de 17 de febrero de 1994).

Por su lado LIBARDO RODRIGUEZ al referirse a este criterio, habla del “principio de legalidad” como aquel principio que hace relación a la ley, y en el que necesariamente tiene su génesis en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, en tanto la legalidad se predica en un ordenamiento jerárquico en que las normas depende de otras según su importancia (Rodríguez, 2007, p. 284), de allí que puede decirse que dicho principio implica necesariamente un concordancia directa con la ley.

Es así como podemos entender el criterio “legalidad” como aquella cualidad de los actos administrativos en sentido amplio, según la cual por ser expedidos con sujeción a la ley y al ordenamiento jurídico jerarquizado, respeto por los derechos y garantías, correspondencia con los aspectos formales y sustanciales y entendida como una presunción, una garantía y una prerrogativa intrínseca en todo acto de la administración.

Este criterio de “legalidad” predicado de los actos administrativos es una presunción de hecho, por tanto, admite prueba en contrario, igualmente es “iuris tantum” como lo afirma Berrocal y el consejo de estado en sentencia de 1994 con Radicado 6264, deberá ser controvertido y desvirtuado en instancia judicial.

Este criterio implica: (I) Autenticidad y veracidad del acto, (II) Obligatoriedad del mismo en cuanto se expide este produce efectos jurídicos hasta tanto no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción. (III) Quien pretenda la nulidad del acto deberá demandarlo y quien la alegue, le corresponderá la Carga de la prueba.

Este criterio encuentra su sustento normativo en la constitución política (I) en el artículo 4 cuando sitúa a la constitución dentro del ordenamiento jurídico jerarquizado en la cúspide al expresar que es “normas de normas” y que ante incompatibilidad entre la constitución, las leyes u otra norma jurídica “se aplicaran las disposiciones constitucionales”, así las cosas todo acto debe tener correspondencia con las normas superiores; (II) artículo 128 numerales 10 y 11 cuando faculta al presidente para promulgar leyes, obedecerlas y velar por su cumplimiento, y estipula que los decretos, resoluciones son jerárquicamente inferiores a la constitución. (III) artículo 241, que estipula la guarda de la supremacía de la constitución respecto de todas las demás normas y actos inferiores, (IV) artículo 305, que indica como atribución de gobernador cumplir y hacer cumplir la constitución, leyes, decretos del gobierno y ordenanzas de las asambleas, y como facultades del alcalde cumplir y hacer cumplir la constitución, leyes, decretos del gobierno y acuerdos del concejo.

1.5.4.2 *Ejecutividad u Obligatoriedad.* Este criterio hace relación a la obligatoriedad del acto, a partir de su publicación, comunicado o notificado conforme a la ley, es decir desde la firmeza del acto, siendo la prerrogativa con a que cuenta la administración de cumplir y hacer cumplir su voluntad sea para crear, modificar o extinguir una situación jurídica, cuestión que es explicada por José Roberto Dromi en su obra El acto administrativo (como se cita

en Penagos, 2001, p. 565) cuando expone “*la ejecutividad es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento que el acto importa a partir de la notificación*”.

Su fundamento legal data en el contencioso administrativo anterior derogado por la ley 1437 de 2011, en el cual se expone:

“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por si mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”. (Código Contencioso Administrativo, artículo 64)

Dicha obligatoriedad o ejecutividad del acto serán hasta tanto el mismo pierda fuerza ejecutoria conforme a lo expuesto en el artículo 91 de ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.5.4.3 ***Ejecutoriedad***. Dicho criterio también llamado fuerza ejecutoria, se fundamenta en el criterio o principio ya expuesto “legalidad del acto”, es tanto “es una aptitud que tiene el acto administrativo en firme para que la administración, sin necesidad de requisito o formalidad adicional, pueda ejecutar o efectuar de inmediato las actuaciones necesarias para su cumplimiento” (Berrocal, 2004, p. 80).

Igualmente puede ser entendida como “la facultad que tiene la administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aun en contra de la voluntad de los administrados” (Sánchez, 2004, p. 104).

Así las cosas, podemos decir que la ejecutoriedad o fuerza ejecutoria del acto es la potestad otorgada a la administración de cumplir y hacer cumplir sus actos, facultad que hace que sus actos surtan los efectos jurídicos dispuestos, los cuales dependerán de la legalidad del mismo una vez se encuentre en firme.

Por tanto se diferencia de la ejecutividad del acto en tanto esta se refiere a la obligatoriedad el acto a partir de su firmeza y hasta la pérdida de ejecutoria, por el contrario la ejecutoriedad o fuerza ejecutoria hace relación a la aptitud, facultad o potestad de que goza la administración de cumplir y hacer cumplir sus actos, que sea exigible, que produzca efectos jurídicos en su decisión y que el acto sea expedido en total concordancia con el principio de legalidad, luego nos estamos refiriendo a esa posibilidad de la administración de realización del contenido del acto.

1.5.4.4 **Estabilidad.** Esta característica de estabilidad de los actos propende por la salvaguarda de la seguridad jurídica, de los derechos adquiridos o como la doctrina lo ha denominado de situaciones jurídicas consolidadas.

Sin embargo, se admite la derogatoria para actos de contenido general, o derogatoria de los mismos de los actos discrecionales, incluso acepta cuando se refiere a actos particulares, que incluyan derechos subjetivos, siempre que no se perjudique al administrado o terceros que eventualmente puedan verse afectados en sus derechos adquiridos, cuestión que es apoyada por Penagos cuando afirma en cita de la corte, que por derecho adquirido deberá de entenderse aquel

derecho que ha entrado en patrimonio de una persona, que hace parte de él y que no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. (Penagos, 2001, p. 585).

Por ello y cuando hablamos de estabilidad del acto nos referimos a aquel criterio o característica de inmutabilidad de la que gozan los actos en protección de la seguridad jurídica y de los derechos adquiridos, pero que en cierto momento podrán perderla cuando se trate de actos de contenido general o discrecional, o cuando se trate de contenido particular siempre que esto no vulnere derechos a los interesados o a terceros.

1.5.4.5 **Impugnabilidad.** La impugnabilidad de los actos hace relación a la posibilidad que se tiene según los artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de debatir los actos administrativos tanto en sede administrativa como en sede judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa, los cuales podrán ser debatidos en su contenido, forma, validez, legalidad o cualquier otra circunstancia propia de cada situación jurídica controvertida.

El presente acápite nos permitirá conocer desde la teoría la noción, criterios, clasificación y finalidad de acto, con el objeto de poder identificar las relaciones de similitud que existe entre el acto administrativo y el contrato estatal.

1.6 Prestación de servicios públicos: Finalidad y deber del estado.

1.3.1 Generalidades. Cuando hablamos de servicios públicos se hace referencia al conjunto de actividades, que tienen por objeto no limitar sino ampliar la esfera vital de los

ciudadanos, mediante la organización de los servicios que tienen derecho según las leyes, requisitos y condiciones que se establezcan¹⁰.

El servicio público desde la noción clásica, ha sido entendido como la actividad de la administración pública cuya finalidad es la satisfacción de una necesidad de carácter general y nunca de carácter particular (Rodríguez, 2007, p. 547), este autor determina la noción material o funcional y orgánica o formal, refiriéndose (i) a una actividad y (ii) al conjunto de personas beneficiarias; es decir requiere que la actividad tienda a satisfacer necesidades colectivas y no las individuales o privadas, identificando dos elementos el primero que se refiere al interés general como requisito entendido en sentido amplio ya que la mayoría de actividades pueden ser consideradas de interés general, y como segundo elemento la participación de alguna manera de la administración.

Se han identificado algunos principios que gobiernan los servicios públicos, entre ellos la Igualdad, continuidad, regularidad, adaptabilidad y neutralidad.

Respecto al primero Igualdad, se refiere a la identidad que debe existir frente al servicio público y frente a uno de los principios generales del derecho, consistente en la Igualdad ante la ley¹¹, en la que el servicio deberá prestarse en status de igualdad conforme a los grupos, situaciones y circunstancia similares; en relación al principio de Continuidad radica en la prestación permanente e ininterrumpida, conforme a las necesidades de la sociedad, o como lo afirma Santofimio el autor ya mencionado hace referencia a la idea de prestación efectiva (Santofimio

¹⁰ Sánchez Morón. Miguel (2005), Pagina 44, Derecho Administrativo parte general, editorial tecnos grupo Anaya sa. Madrid, España. Refiere a la administración como precedente de la existencia del derecho Administrativo.

¹¹ Principio descrito en la Constitución política de Colombia. Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...”

Gamboa, 2007, p. 79), principio que es aplicado por la constitución Política en el artículo 56 prohíbe la huelga en los servicios públicos esenciales, cuando la ley establece como deber de los servidores públicos permanecer en su cargo hasta tanto haya reemplazo¹², o cuando una empresa que preste servicio público se encuentre en liquidación tiene el deber de dar aviso a la autoridad competente para evitar la interrupción de la prestación del servicio¹³ (Rodríguez, 2007, p.258)

Al referirnos a la regularidad, hacemos alusión a la prestación de servicios sin dificultades, tropiezos o interrupciones (Santofimio, 2007, p.79), igualmente debe ser adaptable, es decir responder y nuevamente parametrizarse a los cambios normativos y regulaciones propias del servicio en pro del bienestar general, y es neutral conforme a lo expuesto por LIBARDO RODRIGUEZ en tanto existe para satisfacer necesidades de interés general y no debe utilizarse como instrumento para favorecer intereses privados (Rodríguez, 2007, p. 547)

El servicio público en el estado liberal a principio del siglo XIX se ejerció mediante actividades de regulación y control de la administración, en tanto se concibe que el mercado y las relaciones individuales dotan a la sociedad del conjunto de servicios que necesitan, posteriormente a finales de este siglo y con el surgimiento de la escuela del servicio público que cambia en cierta medida el perspectiva por cuanto trae consigo es una nueva concepción de estado fundada en la idea del servicio público la cual impregna toda la actividad pública dimensionando que todo actuar público tiene una extensión prestacional, que debe ser asegurado, controlado y ejercido por la administración pública mediante el poder gubernamental, seguidamente comienza la crisis del servicio público con fundamento en la defensa del mercado y de la iniciativa privada, apta de limitar el actuar público únicamente a la regulación y control.

¹² Deber del servidor público definido en la ley 734 de 2002. Artículo 34, numeral 17.

¹³ Deber descrito en la Ley 142 de 194. Artículo 61.

Pero es a partir de la constitución de 1991 cuando recobra sino su gran importancia dada en la teoría de los servicios, un espacio significativo dentro del derecho público colombiano, toda vez que es considerada la principal actividad y preocupación de la administración, más aun cuando esta constitución incorpora el estado social de derecho, dedicando el capítulo 5 (De la finalidad social del estado y de los servicios públicos) inscribiendo entre los aspectos más significativos la prestación de servicios como una finalidad, deber y objeto estatal, ser los servicios públicos el objetivo fundamental de la actividad del estado.

1.3.2 Como Finalidad Estatal. A partir de conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado adoptada, los servicios públicos no pueden verse como una molesta carga que recae sobre el Estado sino como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio, en que la relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano-servidores públicos, en cuyo cometido esencial es el cumplimiento de las finalidades estatales, así en sentencia T 604 de 1992¹⁴, la corte expresó que:

“Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros” (Corte Constitucional. Sentencia T-604. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz, 14 de diciembre de 1992). Es decir,

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia T-604, catorce (14) de diciembre de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

son un instrumento con el cual cuenta el estado para hacer efectivas las finales encomendadas constitucionalmente.

Igualmente la corte en sentencia C-636 del 2000 anuncia que las finalidades del estado social de derecho son materializados a través la prestación de servicios públicos, es decir son un medio, al puntualizar lo siguiente:

“es de la esencia de la filosofía política que inspira al Estado Social de Derecho la de asegurar, como cometido básico de éste, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad. De este modo, la realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas”. (Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2000. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. Mayo 31 de 2000).

Por su lado la Sentencia C-041 de 2003 la Corte Constitucional, enuncia que la noción de estado social de derecho comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal, en el cual el Constituyente otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer

que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado¹⁵ y consagró dentro de los deberes de éste el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, (Corte Constitucional. Sentencia C-041. Magistrado Ponente. Jaime Cordoba Trivillo, del 28 de enero de 2003), de tal forma que como lo expresa la corte no se puede concebir la existencia del estado sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, por tanto, la corte en esta sentencia percibe a los servicios públicos como un fin en sí mismo en cabeza del estado el cual deberá asegurar su prestación eficiente.

Así las cosas, podemos aclarar la constitución política en el artículo 365, ubica a los servicios públicos como inherentes a la finalidad del estado, posicionando al servicio público como un parte del esencial de las finalidades públicas, y que armonizado con lo ya expuesto respecto de la noción de servicio público, estos resultan ser el conjunto de actividades desplegadas por la administración que resultan ser el medio, instrumento o herramienta con que cuenta el estado para

¹⁵ Cuestión que fue afirmada en la Constitución política en el Artículo 365 que establece “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social de estado. El deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”

la satisfacción y efectividad de las finalidades públicas, elementos teleológicos y finalistas del preámbulo y artículos 1¹⁶, 2¹⁷, 209¹⁸ y 366¹⁹.

1.3.3 Como deber Estatal. Cuando no referimos a “deber” estamos haciendo relación a esa obligación, función, responsabilidad que tiene el estado respecto a los servicios públicos, deber constitucional que se atribuye el estado del aseguramiento a todos los habitantes en el territorio nacional.

Deber que en principio tiene el estado, aunque si bien la constitución²⁰, facilitó la participación de la iniciativa privada está es sustitutiva de la pública, en tanto operará siempre que sea económicamente viable en el mercado, por tanto a priori será esta actividad de servicios

¹⁶ Constitución política de Colombia. Preámbulo. Marco teleológico y finalista del estado colombiano, al expresar que Colombia es un estado social de derecho, democrática, participativa, pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general.

¹⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 2. Son fines esenciales del estado. servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

¹⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 209. Incluye elemento finalista cuando consagra que La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones

¹⁹ Constitución política de Colombia. Artículo 366. Que incluye como elementos teleológicos y finalistas el bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población.

²⁰ Constitución Política de Colombia. Artículos 365 inciso 2, 123, 333, 334. Cuando consagra que Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios; La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio; La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley.

públicos una actividad en la que la participación de la administración pública siempre estará presente, toda vez que se reserva, la regulación, control y vigilancia, siendo el estado el responsable de su efectiva prestación, entendiendo la efectividad como el lleno de estándares requeridos en cumplimiento de los ya mencionados principio de los servicio públicos igualdad, continuidad, regularidad, adaptabilidad y neutralidad.

En la sentencia C-041 de 2003, la corte refiere que es el estado quien tiene el deber constitucional de garantizar su prestación eficiente, Igualmente expone que su prestación puede ser directa e indirectamente, siendo esta última prestada por los particulares conforme al artículo 365 inciso 2, cuestión que no exonera al estado de su deber y obligación constitución, por cuanto se reserva la regulación, vigilancia y control, con el fin de consolidar sus finalidades.

En ese mismo sentido La Corte en sentencia C-037 de 2003, señaló que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios, por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, mediante instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias.

Así las cosas, resulta claro que el Estado es el garante de la prestación de los servicios públicos teniendo a cargo este deber constitucional, en la que la administración pública es considerada como:

“la gestora, organizadora, ejecutora y responsable del funcionamiento de los servicios públicos a través de las personas e instrumentos puestos a su disposición, de donde se concluye que el derecho administrativo debía ser necesariamente el régimen jurídico especial y particular de la administración pública como prestaría de los servicios públicos” (Santofimio, 2007, p. 77).

De la anterior cita “derecho administrativo” entendida como la jurisdicción contenciosa administrativa Es así, como la ley 142 de 1994 en su artículo 31 y 33 determina que el control de estos actos estará sometido a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Consagrado los servicios públicos como un deber constitucional a cargo del estado por tanto existe:

“inescindible un vínculo entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud...etc.” (Corte Constitucional, Sentencia C-066, Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz, 11 de febrero de 1997).

Es así, como el estudio de este capítulo “Manifestación de la voluntad de la Administración: el acto administrativo” nos permite realizar las siguientes precisiones que servirán de fundamento para identificar la relación entre los contratos de la administración y los actos administrativos, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos.

1. Nos muestra cómo la administración pública no solo refleja su actuar mediante decisiones unilaterales, sino que por el contrario en algunas ocasiones, necesita del consenso, acuerdo o pacto para producir una actuación, actuaciones que están instituidas de poder que se materializan a través de la función administrativa en cada la actividad concreta ejecutada hacia la realización de sus cometidos en pro de la efectividad de sus finalidades entre ellos la prestación de servicios públicos, y como el poder concebido a la administración como una facultad para lograr sus cometidos, que incluye la adopción de las prerrogativas públicas rompiendo con el principio de Igualdad, en tanto posiciona a la administración pública en un estatus superior respecto al particular.
2. Igualmente, este capítulo y respecto a la noción de acto administrativo nos permite comprender su noción amplia entendiendo que las manifestaciones de voluntad de la administración son tanto unilaterales como bilaterales, es decir, tanto las que son producto exclusivo de la voluntad de la administración como las que son resultado del acuerdo de voluntades de la administración con otros sujetos de derecho.
3. En relación a los criterios por ejemplo es importante precisar que si bien son actos administrativos los emitidos por órganos de la administración también los particulares autorizados pueden expedir actos sin necesidad de ser un órgano administrativo ya sea transitoriamente o por autorización expresa de la ley, o los expedidos en razón de la función administrativa, tanto el acto administrativo como el contrato estatal son creados en razón de la dicha función.
4. Respecto a la clasificación del acto en relación al número de órganos que intervienen en expedición, existe actos simples y complejos, siendo este último acto donde

- interviene varios órganos o sujetos de la administración pública; conforme a las voluntades que intervienen en su formación, el acto puede ser unilateral o bilateral, siendo bilaterales los que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas pertenecientes a la administración; conforme a la relación con el servicio público pues los serán actos de servicio público aquellos que se refieren directamente a dicha actividad.
5. Así mismo, nos describe los atributos con que goza el acto administrativo o características propias de todo acto administrativo entendido en sentido amplio tales como (I) Legalidad, (II) Ejecutoriedad, (III) Ejecutoriedad, (IV) Estabilidad e (V) Impugnabilidad.
 6. En razón a los servicios públicos entendidos como el conjunto de actividades desplegadas por la administración para la satisfacción y efectividad de las finalidades públicas, es importante precisar que son “inherentes a la finalidad del estado”, y como jurisprudencialmente se describió los servicios públicos están en cabeza del estado el cual deberá asegurar su prestación eficiente, y como un deber constitucional, obligación, función o responsabilidad que tiene el estado respecto a los servicios públicos, del aseguramiento a todos los habitantes en el territorio nacional.

Una vez agotada la descripción de la manifestación de la voluntad de la Administración: el acto administrativo, necesaria para identificar los elementos que permitirán determinar la relación de similitud entre el acto administrativo y el contrato estatal desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano, es menester continuar con

referencias en torno a la *Administración pública como sujeto contractual* a fin de seguir precisando fundamentos que me permitan caracterizar lo planteado.

2. Administración pública como sujeto contractual

Para seguir estableciendo las características que permitan determinar la relación de los contratos de la administración y actos administrativos, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano, se hace necesario describir los fundamentos constitucionales y legales de la contratación pública, describir las particularidades del régimen Contractual de la administración pública, en lo que respecta a las limitaciones de la autonomía de la voluntad y a las Prerrogativas públicas en relación con el servicio público, y referir la actividad contractual del Estado desde la prestación de servicios.

Así, este capítulo tiene como objetivo describir la actividad contractual y caracterizar la actividad contractual de la administración pública en la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico Colombiano, precisando en aspectos que permitan, en el tercer capítulo, identificar los fundamentos que permitan determinar la relación de los contratos de la administración y actos administrativos bilaterales, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1 Fundamentos constitucionales y legales de la contratación pública.

2.1.1 Fundamentos constitucionales. La contratación pública, respecto de la Constitución Política de Colombia de 1991, se fundamenta en nociones, en principio, opuestas, es decir, busca encontrar un equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el interés público, entre la igualdad y las prerrogativas públicas, entre la libertad y la seguridad jurídica, entre el beneficio particular y el cumplimiento de los fines estatales; todo enmarcado dentro de un cambio de ideología de

apertura económica, globalización, competitividad, flexibilidad y demás asuntos permeados en nuestra carta política, desde la concepción neoliberalista.

Es así como la contratación pública, a partir de la Constitución de 1991, tiene su fundamento constitucional en el Estado Social de Derecho²¹, siendo esta un mecanismo con el que cuenta la administración para dar cumplimiento a sus cometidos y/o finalidades estatales:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Constitución Política, 1991. Artículo 2).

Actuación contractual que es realizada en ejercicio de la función administrativa²² al servicio de los intereses generales, manifestada mediante actos, hechos, omisiones y operaciones, entendiendo *acto*, como se expuso en el capítulo primero, la manifestación de voluntad en sentido

²¹ Constitución política de Colombia, 1991. Artículo 1 define que “Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de Republica unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

²² Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 209 que establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principio de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en la cual las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado.

amplio unilateral o bilateral (contrato), que tienen el efecto jurídico de crear, extinguir o modificar una situación, con la finalidad de lograr los cometidos estatales.

Cometidos estatales que bajo la influencia ya mencionada, y bajo el supuesto de ineficacia del Estado, la Constitución permite la intervención de particulares para que, temporalmente, desempeñen funciones públicas²³ o función administrativa²⁴.

Así mismo, la Constitución de 1991 en su artículo 150, le atribuyó al Congreso de la República la facultad de expedir el estatuto de contratación de la administración Pública, es decir autoriza a la rama legislativa a expedir un nuevo estatuto orientado por los principios constitucionales, y de los nuevos deberes de la función administrativa de eficacia, economía, celeridad y publicidad, así como los de colaboración y participación privada.

En mismo sentido, la Constitución, bajo el principio de descentralización, establece la autonomía²⁵ para la gestión de sus intereses, administrativa y presupuestal, a las entidades territoriales, dentro de la cual desarrolla un papel importante la contratación pública.

Respecto de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos²⁶, la Constitución Política de Colombia, establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado y es deber del Estado asegurar su prestación eficiente; en ese sentido dispone, que podrán ser prestados por el Estado directamente, o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo su regulación, control y vigilancia.

²³ Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 123 en que establece que los servidores públicos están al servicio del estado y de la comunidad ejerciendo funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley el reglamento, así como también la ley determinara el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas regulando su ejercicio.

²⁴ Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 210 en que establece que las autoridades administrativas y los particulares también podrán ejercer función administrativa en las condiciones que establezca la ley.

²⁵ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 1 y 287.

²⁶ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 265.

Igualmente, la Constitución impone como función las autorizaciones para contratar, así por ejemplo el senado autoriza al gobierno nacional²⁷, las asambleas departamentales al gobernador del departamento²⁸, los concejos municipales al alcalde Municipal²⁹.

Respecto al control de la actividad contractual, producto de la función administrativa, la Constitución Política establece los órganos de control, la Contraloría General de la República³⁰ para vigilar la gestión fiscal de la administración, particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, mediante un control financiero, de gestión y de resultados; el Ministerio Público³¹ quienes entre otras funciones vigilan el cumplimiento de la Constitución, la ley las decisiones judiciales y actos administrativos, vela por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, y vigilan la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

2.1.2 Fundamentos legales de la Contratación Pública. El origen legal de la actividad contractual en Colombia corresponde a reglamentaciones aisladas y fraccionadas, que en principio no constituyeron un estatuto con una estructura clara, sino que por el contrario su evolución obedeció a incorporaciones separadas.

Las primeras incorporaciones que se asemejan, a lo que hoy se conoce como contratación estatal, fue la inclusión normativa en la que se desarrollaban poderes excepcionales del Estado, por ejemplo en contratos de construcción y operación, lo que hoy se conoce como contrato de

²⁷ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 150 numeral 9.

²⁸ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 300 numeral 9.

²⁹ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 313 numeral 3.

³⁰ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 267.

³¹ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 277.

concesión, el cual fue introducido mediante la ley 104 de 1892, ley que también estipuló temas como la intervención en la actividad contractual, venta forzada, prorrogas automáticas, la reversión sin indemnización y caducidad.

Con la ley 53 de 1909, se rompe la igualdad entre las partes al autorizar la inclusión de la cláusula penal en relación al incumplimiento del contratista, y la reglamentación de la caducidad, inclusión que posteriormente con la ley 110 código fiscal en 1912 es obligatoria en los contratos del Estado cuyo objeto sea la construcción de obras y/o la prestaciones de servicios, igualmente esta ley determinó el procedimiento para licitaciones públicas.

Con la expedición de la ley 130 de 1913, sobre asuntos de lo contencioso administrativo se determina que es competencia de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los asuntos contractuales del Estado, cuestión que es ratificada con la ley 105 de 1931; por su parte la ley 61 de 1921 estableció como procedimiento para la adquisición de materiales del Estado el carácter obligatorio de la licitación, y con la ley 106 de 1931 se desarrolla la obligación de licitación para contratos de correos nacionales.

Mediante la ley 167 de 1941 sobre la organización Contencioso Administrativo además de reunir algunas de las reglamentaciones aisladas, afirma la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los asuntos contractuales, la obligatoriedad de la inclusión de cláusulas exorbitantes como penal y la caducidad en los contratos.

Posteriormente, y como una de las normas de más importancia el decreto 528 de 1954, estableció que las controversias de contratos sin excepción celebrados por la Nación o por un establecimiento público, son competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En el año 1955 se expidieron el decreto 351 Estatuto Nacional de Compras y decreto 1050 Estatuto de empréstito o de operaciones de crédito, que introdujeron importantes avances en la contratación estatal, tales como los procesos de selección, cotizaciones y comités de compras, y generación de un manejo financiero contractual respectivamente.

Con el decreto 550 de 1960 estipuló los contratos interadministrativos como aquellos suscritos entre la Nación y los Departamentos o entre aquella y las demás entidades públicas, posteriormente con la ley 4 de 1964, modificada por la ley 36 de 1966 también se reglamentaron lo pertinente de los contratos de obras públicas.

Posteriormente con el decreto 3130 de 1968 “Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional”³², decreto 1670 de 1975 “Por medio de la cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y las entidades descentralizadas” y ley 28 de 1974 “por la cual se reviste la Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa y se dictan otras disposiciones”, dan lugar al primer estatuto contractual decreto 150 de 1976, el cual busco como primer iniciativa regular la contratación de la administración, así por ejemplo realizó una clasificación de contratos, estableció sus elementos, formas de contratación, terminación de los contratos, garantías, reúne las cláusulas exorbitantes en caducidad, cláusula penal y multas, y crea el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, asuntos presupuestales, entre otras.

Mediante la ley 19 de 1982 se definen principios y criterios propios de la contratación y se dan facultades al ejecutivo para desarrollarla, razón por la cual se expide el decreto 222 de 1983, el cual estableció las modalidades de selección del contratista, diferenció los contratos

³² Decreto 3130 de 1968 “Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional” Derogado por el art. 121, Ley 489 de 1998.

administrativos de los demás mediante la clasificación, introdujo criterios de interpretación, modificación y terminación unilaterales, estableció un procedimiento de contratación para las entidades descentralizadas que bajo el principio de autonomía administrativa expedían sus propios reglamentos.

Sin embargo, y pese a los avances normativos del momento, preexistía la necesidad de un estatuto unificado, con procedimientos claros, esquemas y estructuras organizadas que permitieran un mejor ejercicio de la actividad contractual, con eficacia, agilidad y economía, que guardara coherencia con los nuevos deberes de la administración pública aportados por la Constitución de 1991 y bajo las premisas de apertura económica y globalización; es así como surge el estatuto de Contratación Pública como una función del Congreso de la Republica estipulada el artículo 150 de nuestra Carta Política “...expedir el estatuto general de contratación de la administración pública...”.

En ejecución de dicha facultad, se expidió el 28 de octubre de 1993 La ley 80, que además de compilar y crear un estatuto único de contratación pública en Colombia, regula diversos temas que aún no estaban reglamentados, buscando establecer el equilibrio que debe existir entre las entidades estatales y los contratistas, entre el interés privado y el interés general.

Introdujo el término “entidades estatales”³³, generalizó la denominación de contrato administrativo o privados de la administración, por el de contrato “Contrato estatal”, términos establecidos bajo el criterio orgánico, el primero incluyendo a todas las entidades públicas y el segundo encerrando a todos los contratos celebrados por estas entidades.

³³ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 2, en que las entidades estatales como aquellas organismos públicos con o sin personería jurídica, ramas de poder público (artículo 113 de la Constitución Política), así como los organismos independientes.

Este estatuto consagró de los principios en la contratación estatal como lo son Transparencia³⁴, economía³⁵, responsabilidad³⁶, ecuación contractual³⁷, selección objetiva³⁸ y principios rectores de interpretación como lo son Buena fe, moralidad, eficacia administrativa e interés general; así mismo consagró el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, concibiendo el régimen de responsabilidades, para asesores, interventores, contratistas y demás actores dentro de la actividad contractual, cuando ejercen funciones públicas³⁹ asemejándolos con los servidores públicos.

³⁴ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 24 Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. Dicho principio hace relación a la escogencia objetiva del contratista, a la oportunidad de conocer y controvertir informes, conceptos, presentar observaciones y a la premisa que todas las actuaciones de las autoridades serán públicas.

³⁵ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 25 Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996, este principio hace relación a que durante el proceso contractual se deben establecer normas y procedimientos con etapas y términos claros para la selección del contratista que darán impulso oficioso a las actuaciones, dichos términos se adelantaran con austeridad del tiempo, medios y gastos impidiendo dilataciones y retardos, adoptando procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias, igualmente la conveniencia se revisara antes del inicio del proceso, el acta de adjudicación no se someterá a aprobaciones, las corporaciones y organismos de control no intervendrán en el proceso de contratación, las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones y documentos originales.

³⁶ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 26. En virtud del principio de responsabilidad los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y terceros, igualmente responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, igualmente este principio en relación con el contratista se refiere a que estos responderán por las propuestas que formulen.

³⁷ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 27, este principio trae el concepto de ecuación contractual, es decir implica un equilibrio de las cargas entre administración y contratista, una igualdad o equivalencia que si se rompen por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptaran en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

³⁸ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 29 derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. Este principio de deber de selección objetiva se refiere a que la selección se realiza en razón al ofrecimiento más favorable para la entidad, sin tener en consideración factores de afecto o de interés.

³⁹ Constitución política de Colombia, 1991 en el artículo 123 el cual establece quienes son servidores públicos, también establece que la ley determinara el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Establece un régimen amplio de cláusulas exorbitantes, tales como, declaratoria de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato⁴⁰, multas⁴¹, liquidación Unilateral⁴² y Obligatoriedad de la constitución de garantías⁴³.

Igualmente, reglamenta el procedimiento para la selección del contratista mediante modalidades⁴⁴, consagra y acepta regímenes especiales para las actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, telecomunicaciones, empréstitos, además introduce figuras de asociación como las uniones temporales.

Reforzó los controles sobre la actividad contractual, control penal⁴⁵, control fiscal⁴⁶, control disciplinario⁴⁷ y crea el control ciudadano que permite que las entidades estatales apoyen a las

⁴⁰ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 14 al 18, en los cuales el legislador mantiene algunas cláusulas tales como: declaratoria de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato, que existen con fundamento en la salvaguarda del interés general y la consecución de los fines estatales.

⁴¹ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 18.

⁴² Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 61.

⁴³ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 25 numeral 19 Numeral derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, con el fin de garantizar el cumplimiento y salvaguardar los intereses y patrimonio público ante un siniestro, reduciendo los riesgos, con la siguiente excepción *“Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”*.

⁴⁴ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 24. Posteriormente derogado y reglamentado por la ley 1150 de 2007 y decreto 1082 de 2015.

⁴⁵ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 64 refuerza el control por cuanto ordena la creación de unidades especializadas para la investigación y acusación de los hechos punibles que se cometan con ocasión de las actividades contractuales.

⁴⁶ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 65 reforzada en relación a que faculta a las contralorías para la investigación y acusación de los hechos punibles que se cometan con ocasión de las actividades contractuales.

⁴⁷ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993 en el artículo 62 y 63, faculta a la Procuraduría a intervenir para que de oficio o a petición de cualquier persona, adelanten las investigaciones sobre

personas u organizaciones que desarrollen proyectos de vigilancia y control de la actividad contractual.

Posteriormente el Decreto 2681 de 1993 reglamentó parcialmente las Operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas, y se realizaron reglamentaciones parciales a la ley 80 de 1993, mediante el Decreto 679 de 1994⁴⁸, Decreto 855 de 1994⁴⁹ en materia de contratación directa.

Mediante la Ley 142 de 1994, se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, modificada por la Ley 689 de 2001 establece que los contratos que celebren estas entidades no se regirán por el estatuto de contratación pública, salvo los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, y cuando en los mismo se incluyan cláusulas exorbitantes.

la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promueva las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.

⁴⁸ Presidente de la Republica, decreto 679 de 1994 Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012 reglamentó parcialmente la ley 80 de 1993, en lo relacionado a intereses moratorios, certificación de la calidad de bienes y servicios, participación de consorcio y uniones temporales, presentar otras ofertas, desconcentración de los actos y tramites contractuales, presupuestos de las entidades, delegación para contratar, silencio administrativo en materia contractual durante la ejecución, riesgos que debe cobijar la garantía única, aprobación de garantías, encargos fiduciarios y contratos de fiducia, requisitos de ejecución.

⁴⁹ Presidente de la Republica, decreto 855 de 1994 Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008 reglamento parcialmente la ley 80 de 1993 en materia de contratación directa al estipular cuando se procederá a la misma sin que sea necesario obtener varias ofertas cuando las haya solicitado y sólo haya recibido una de ellas; cuando de acuerdo con la información que pueda obtener no existan en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios; cuando se trate de contratos intuito persone, esto es que se celebran en consideración a las calidades personales del contratista, y cuando la necesidad inminente del bien o servicio; igualmente cuando se requieren para la defensa y seguridad nacional, operaciones de crédito público, contratos interadministrativos.

La Ley 446 de 1998⁵⁰, reglamentó lo relacionado a las controversias contractuales, y por su parte la Decreto 2170 de 2002 que modifica el decreto 855 de 1994 estableció la transparencia en la actividad contractual mediante la publicidad, porcentaje máximo de anticipo y la forma de manejo del mismo, contenido de los estudios previos, participación de la ciudadanía mediante las veedurías, utilización de medios electrónicos verificación de la seguridad social, entre otros.

Mediante el Decreto 2178 de 2006, se creó el sistema electrónico para la contratación pública SECOP, con el objetivo de dar uniformidad a la información sobre la contratación pública, y como un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control.

Decreto 2434 de 2006, ratifica la publicidad en los pliegos de condiciones o términos de referencia, observaciones, actas de audiencia, adenda a los pliegos de condiciones, acta de audiencia pública, informes de evaluación, acto de adjudicación, acto de declaratoria de desierto, contrato, adiciones, entrega de informes y liquidaciones, menciona la utilización progresiva del portal único de contratación,

Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, Modificada por el Decreto 19 de 2012, Ley 1508 de 2012, ley 1474 de 2011 y ley 1450 de 2011, estableció la escogencia del contratista con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, y contratación mínima cuantía; creación de mecanismos para la utilización del sistema electrónico

⁵⁰ Congreso de la Republica, ley 446 de 1998 artículo 32 Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011 artículo 141, a partir del 2 de julio de 2012. El artículo 87 del código contencioso administrativo anterior, reglamento lo referente a las acciones judiciales respecto de las controversias contractuales.

de Contratación pública (SECOP); distribución de riesgos, determinó factures de escogencia en la selección objetiva, garantías en la contratación, estableció plazos para la liquidación e contratos; y estableció reglas para la contratación de entidades no sometidas al régimen de contratación, y contrato de alumbrado públicos, entre otras.

El Decreto 2474 de 2008 Derogado por el art. 9.2 del Decreto Nacional 734 de 2012, a su vez Derogado por el art. 163 del Decreto Nacional 1510 de 2013 reglamentó las modalidades de selección, y señaló disposiciones generales respecto de la selección objetiva y obligaciones en materia de publicidad, cuestión que fue reglamentada mediante el Decreto 3485 de 2011; por su lado el decreto 4170 de 2011 creo la Agencia Nacional de Contratación Pública “*Colombia Compra Eficiente*”.

Posteriormente, el Decreto 1474 de 2011 “por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” y llamado “Estatuto Anticorrupción”, Reglamentado por el Decreto Nacional 734 de 2012 y el Decreto Nacional 4632 de 2011, trajo consigo medidas administrativas para la lucha contra la corrupción tales como, las inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción, para quienes financien campañas políticas, para ex servidores públicos, prohibición de celebrar contratos de interventorías cuando este, su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, tengas con la misma entidad contratos de obra pública, concesión, suministro de medicamentos o alimentos.

Este mismo decreto determina las políticas para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, respecto de la responsabilidad de los interventores y supervisores,

constitución de fiducias para el manejo de anticipos, de igual forma estipula que las empresas sociales y comerciales del Estado se registrarán por el estatuto de contratación pública, exceptuado aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, y transparencia en la contratación de mínima cuantía, entre otros.

El decreto 734 de 2012 Derogado por el art. 163 del Decreto Nacional 1510 de 2013 reglamentó el estatuto general de Contratación de la Administración Pública, incluyendo reglas respecto de los estudios previos, determinación de riesgos previsibles, divulgación y publicidad en la contratación pública, reglas de las modalidades de selección, reglas de subsanabilidad, sobre las causales de contratación directa (Interadministrativos, sector defensa, actividades científicas y tecnológicas, pluralidad de oferentes, Prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión, arrendamiento de inmuebles) y su prohibición en periodo electoral; y verificación de requisitos habilitantes, entre otros.

Seguidamente, y con el decreto 1510 de 2013⁵¹, desarrolló el sistema de compras conforme a la creación de la agencias de compras Colombia Compra eficiente, incluyo definiciones, reglamento mejores prácticas en la planeación y la implementación del plan anual de adquisiciones, realizo ajustes en el registro único de proponentes, en la capacidad residual, reglamento la selección abreviada la cual podrá realizarse por subasta inversa o características técnicas uniformes y otros, el concurso de méritos, régimen de garantías, respecto a la publicidad estableció el termino de tres (3) días para la publicación, determino la estructura y los documentos del proceso de contratación, incentivos en la contratación pública.

⁵¹ Presidente de la Republica, decreto 1510 de 2013: Derogó el Decreto 734 de 2012 y el Decreto número 1397 de 2012.

Posteriormente, el Gobierno nacional mediante el Departamento Nacional de Planeación expide el decreto 1082 de 2015, *“por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”* en el libro 2, parte 2, título 1 contratación estatal, realiza la compilación más actual en material de contratación estatal, en relación con los partícipes de la contratación pública, definiciones, plan anual de adquisiciones, registro único de proponentes, análisis del sector económico y publicidad; igualmente determina la estructura del proceso contractual en planeación, selección, contratación y ejecución; de la misma manera desarrolla cada modalidad de selección licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía; reglamenta la enajenación de bienes del Estado muebles e inmuebles; reguló lo pertinentes a las garantías, contratos de seguros, patrimonios autónomos, garantías bancarias y garantías para la contratación de tecnología satelital; así mismo, reglo la aplicación de acuerdos comerciales y trato nacional, incentivos, contratación en el exterior y con organismos de internacionales o de cooperación.

Por lo anterior, y una vez mencionados los fundamentos constitucionales y legales de la contratación pública, es necesario conocer las particularidades del régimen de contratación pública actual.

2.2. Particularidades del régimen Contractual de la administración pública

2.2.1 Limitaciones de la autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad, entendida como aquella facultad para auto determinarse sin más restricción que su propia voluntad, en la actividad contractual se encuentra limitada, por el interés general y las finalidades estatales, por el respeto y sujeción a la ley, y por las condiciones presupuestales.

Es un limitante el *interés general y las finalidades estatales* a la autonomía de la voluntad, en tanto el Estado mismo justifica su existencia en la medida en que las actividades que desarrolla las realiza para la consecución de sus finalidades, cuestión que se explica en el Estado social de derecho, en la prevalencia al interés general⁵², en el ejercicio de la función administrativa al servicio de los intereses generales⁵³, en el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida como una finalidad estatales⁵⁴; cuestión que es afirmada por la corte constitucional al determinar “En cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público regule sus relaciones contractuales” (Corte Constitucional. Sentencia C-949. Magistrado Ponente. Clara Inés Vargas Hernández del 5 de septiembre de 2001).

Más aún cuando el mismo estatuto de contratación define como finalidad de la contratación el cumplimiento de los fines estatales⁵⁵, define los derechos y deberes de las entidades estatales para la consecución de los fines estatales, y los procedimientos y mecanismos para que las entidades logren sus cometidos⁵⁶ permitiendo la inclusión de cláusulas o estipulaciones necesarias y convenientes para la consecución de sus fines, siempre que estas no sean contrarias a la

⁵² Constitución Política. Artículo 1.

⁵³ Constitución Política. Artículo 209.

⁵⁴ Constitución Política. Artículo 366.

⁵⁵ La ley 80 de 1993 en el artículo 3, determina: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

⁵⁶ Ley 80 de 1993 artículo 14 respecto a los medios que pueden utilizar las entidades para el cumplimiento de sus finalidades.

Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración⁵⁷.

Igualmente, dicho estatuto contractual estipula que los particulares que tienen la expectativa de celebrar contratos con el Estado no sólo están animados por el deseo de obtener utilidades, sino principalmente obran con la conciencia de que cumplen una función social que implica obligaciones y colaboración con el Estado en el logro de los fines para los cuales fue constituido⁵⁸.

Estatuto que fue diseñado por mandato constitucional, cuya finalidad fue propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, metas que requieren del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación, luego “es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado” (Corte Constitucional. Sentencia C-949. Magistrado Ponente. Clara Inés Vargas Hernández del 5 de septiembre de 2001).

Así las cosas, “la libertad contractual que se ha predicado no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio interés público” (Berrocal, 2004, p. 259 en cita de exposición de motivos ley 80 de 1993).

Respecto al limitante *respeto y sujeción a la ley*, la autonomía de la administración se ve restringida, conforme lo estipula la constitución política en relación a que los servidores Públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación de sus

⁵⁷ Ley 80 de 1993 artículo 40 respecto del contenido del contrato.

⁵⁸ La ley 80 de 1993 en el artículo 3 indica que “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

funciones, es decir existe una sujeción directa a la ley, por cuanto pueden realizar únicamente lo que la Constitución y la Ley les autorice.

Igualmente, su autonomía está limitada por los principios que orientan la actividad contractual, tales como transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual, selección objetiva y principios rectores de interpretación como lo son Buena fe, moralidad, eficacia administrativa e interés general.

De igual forma, la ley determina los procedimientos y estructuras del procesos contractual, que restringen la autonomía de la voluntad que se predica sobre la actividad contractual, los cuales deben ser de cabal cumplimiento en ejercicio de la actividad contractual más aun cuando el mismo desarrollo jurídico se ha encaminado hacia la reglamentación al detalle del proceso contractual, así por ejemplo en lo que respecta a la planeación la ley ha reglamentado los estudios y documentos previos los cuales son el soporte del proyecto de pliegos, aviso de convocatoria, pliego de condiciones, observaciones a los pliegos y acto de apertura del proceso de selección, identificando los elementos que deben llevar.

Igualmente, la ley reglamenta la forma de selección del contratista mediante las modalidades de selección, detallando el procedimiento que se debe llevar a cabo por cada modalidad, reglamenta el perfeccionamiento del contrato y la publicidad del mismo, la ejecución, manejo de anticipos, y liquidación de los contratos, con el fin de evitar el desarrollo de procesos a la medida, luego es evidente que la numerosa reglamentación hace que la ley sea el gran limitante para ejercer la autonomía de la voluntad, por cuanto la sujeción a la misma hace que la administración realice su actividad contractual mediante la función administrativa con extrema sujeción a los procedimientos establecidos en la ley, so pena de estar incurso, los funcionarios que la realizan en el régimen de responsabilidades.

Ahora bien, las *condiciones presupuestales* suponen otro limitante de la Autonomía de la voluntad, lo anterior teniendo en cuenta que conforme lo estipula el artículo 345 de la Constitución Política no habrá erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el gasto, ni podrá realizarse ningún gasto público que no se haya decretado por el congreso, por las asambleas o por los concejos, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el presupuesto.

Gastos público que como lo define la decreto 111 de 1996, es aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión; igualmente esta ley dispone respecto a la capacidad de contratación, ordenación del gasto y autonomía presupuestal, que el representante legal tendrá la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones de acuerdo a las disposiciones legales vigentes, previa autorización que lo faculte para tal fin, como es el caso de las juntas al representante legal, asambleas al Gobernador y concejos a los Alcaldes, los cuales pueden limitar su facultad en cuantía y en el tiempo.

Es así, como las condiciones presupuestales suponen otro limitante a la autonomía de la voluntad, por cuando la administración no puede obligarse contractualmente en tanto no estén dados los supuestos presupuestales estipulados en la ley.

Corolario, es evidente que aunque el legislador mediante la incorporación de la “autonomía de la voluntad” intento darle un gran espacio de independencia a la administración, y un aire con mecanismos más ágiles propios del derecho privado, claramente el mismo desarrollo jurídico y la adopción del Estado social de derecho con el desarrollo que este implica, han hecho que dicho intento se vea frustrado, por cuanto la autonomía de la voluntad si bien se caracteriza por un

espacio de libertad, este a la luz de nuestro ordenamiento jurídico no significa una verdadera autonomía, por el contrario está limitada por el interés general y las finalidades estatales, por el respeto, sujeción a la ley y sus procedimientos, y por las condiciones presupuestales, por tanto la “autonomía de la voluntad” resulta ser más una ilusión que una realidad.

2.2.2 Prerrogativas públicas y su relación con el servicio público. Como se mencionó en el capítulo primero, el régimen contractual Colombiano incluye la adopción de las prerrogativas públicas que rompen con el principio de Igualdad entre el Estado y el particular, en tanto posiciona a la administración pública en un estatus superior respecto al particular.

Prerrogativas que son la facultad y los privilegios con que cuenta el Estado para hacer cumplir sus cometidos y ejecutar sus propios actos, que justifican su existencia siempre que propendan por la consecución de los fines estatales, por cuanto los fines estatales y el servicio público constituye la esencia de su existencia, y es precisamente esta sujeción al cumplimiento de las finalidades estatales la que brinda al contrato estatal un régimen jurídico especial con un vínculo directo con el servicio público.

Así, lo menciona la corte constitucional, al precisar que las prerrogativas son un privilegio de la administración, en la decisión y en la ejecución de sus actos (Corte Constitucional, 1994, T-260), las cuales como esta misma corporación lo expone citando de García de Enterría y Fernández, en su obra Curso de Derecho Administrativo, la administración está "dotada de prerrogativas, entendiendo por tal la realizada con medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del Derecho Civil" (Como se cita en Corte Constitucional, 1999, C-539).

Dichas prerrogativas públicas, traducidas en “*medio jurídicos excepcionales o exorbitantes*”, o “*clausula excepcionales*” desarrolladas por los artículo 14 a 19⁵⁹ de la ley 80 de 1993 propenden por el cumplimiento del objetivo “*los fines estatales y el cumplimiento del objeto contractual*”, poder y potestad exclusiva del derecho público tales como: interpretación unilateral, terminación unilateral, caducidad, reversión y multas⁶⁰; las cuales “están ancladas al contrato bien sea de manera explícita, por los términos contractuales, o implícita, por las disposiciones legales que sustituyen la voluntad de las partes” (Benites, 2004, p.338).

Cada clausula excepcional tiene una finalidad especificada relacionada directamente con el servicio público, así por ejemplo la ley autoriza la aplicación de *interpretación unilateral*, si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado⁶¹, la *modificación unilateral* con el fin de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público y cuando las partes no llegan al acuerdo respectivo⁶², la *terminación unilateral* cuando

⁵⁹ Ley 80 de 1993, artículo 17 terminación unilateral Reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de 1998.

⁶⁰ La ley 80 de 1993, no incluyó como clausulas excepcionales las multas y/o las clausulas penales, luego para hacer uso de dichas figuras deberán pactarse por las partes, y declaradas jurisdiccionalmente, producto de la declaratoria de caducidad.

Existen otros privilegios de la administración que no están específicamente determinadas como clausulas excepcionales, es el caso de la liquidación unilateral que es el acto administrativo unilateral que goza de presunción de legalidad, o de la terminación y liquidación unilateral cuando se encuentre que hay un hecho generador de nulidad.

⁶¹ La ley 80 de 1993 en el artículo 15 De la Interpretación Unilateral, expone que para su aplicación se requiere que las discrepancias puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público. “Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.

⁶² La ley 80 de 1993 en el artículo 16 De la Modificación Unilateral Reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de 1998, autoriza la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios siempre ara evitar la paralización o la afectación grave del servicio público. “Si durante la

las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga⁶³, e igualmente sucede la *caducidad*, la cual se podrá declarar si se presenta alguno de los hechos constitutivos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que puede conducir a su paralización, lo que finalmente resultará en que la administración no podrá dar cumplimiento a sus cometidos por la no ejecución del objeto contractual⁶⁴.

Es así, como la existencia de las prerrogativas del poder público se justifican no solo por el status de superioridad que estas imponen a la administración sobre el particular, sino principalmente porque dicha superioridad implica en esencia el cumplimiento de cometidos estatales y la prestación de los servicios públicos; adopción de deberá adecuarse a los postulados del principio constitucional de proporcionalidad, según el cual ésta deba ser útil y necesaria respecto de la finalidad que persigue y no comprometa bienes constitucionales más importantes que los que busca promocionar o proteger. (Corte Constitucional. Sentencia C-539. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz del 28 de julio de 1999).

ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”.

⁶³ La ley 80 de 1993 en el artículo 17 De la Terminación Unilateral, la entidad podrá darlo por terminado según el numeral No. 1 cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. “La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga”.

⁶⁴ La ley 80 de 1993 en el artículo 18, De la Caducidad y sus Efectos, podrá ser decretada cuando existan hechos constitutivos de incumplimiento o posible paralización de la ejecución del objeto contractual y las finalidades estatales. “La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

Las prerrogativas del poder público que se relacionan con el servicio público, a partir de la concepción del Estado social de derecho, por cuanto la prestación eficiente y oportuna de estos constituye una finalidad estatal, es así como el Constituyente en la constitución política en el artículo 365 le otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado, y conforme lo expresa la Corte Constitucional no se puede concebir la existencia del Estado sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, por tanto los servicios públicos son un fin en sí mismo en cabeza del Estado el cual deberá asegurar su prestación eficiente (Corte Constitucional. Sentencia C-041. Magistrado Ponente. Jaime Córdoba Trivillo, del 28 de enero de 2003).

2.3 Actividad contractual del Estado: prestador de servicios.

2.3.1 El contrato estatal y la prestación de servicios. La contratación estatal tiene como finalidad⁶⁵ el cumplimiento de los *fines estatales*, la continua y eficiente *prestación de los servicios públicos* y La efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines; luego los servicios públicos ocupan el fin de la actividad contractual del Estado, siendo estos como lo afirma nuestra Constitución política inherentes a las finalidades estatales⁶⁶.

⁶⁵ La ley 80 de 1993, en su artículo 3 determina los fines de la contratación estatal.

⁶⁶ La Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 365 los define como inherentes a las finalidades estatales.

Entendiendo los *servicios públicos* como los definió la ley 80 de 1993, aquellos destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines; y como lo precise en el primer capítulo los servicios públicos son la actividad de la administración que busca el cumplimiento de finalidades de carácter general bajo los principios de Igualdad, continuidad, regularidad, adaptabilidad y neutralidad, sobre los cuales el Estado conserva su vigilancia y control aun cuando estos sean prestados por particulares conforme lo expuso la Constitución política de Colombia en el artículo 365⁶⁷.

Servicios públicos que como se describió en el primer capítulo constituyen una (i) finalidad estatal en tanto “Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales...” (Corte Constitucional. Sentencia T-504. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz, 24 de septiembre de 1992), y constituyen un (ii) deber estatal en tanto los servicios públicos son una obligación, función, y responsabilidad del Estado, y como se expone en la sentencia C-041 de 2003, el Estado tiene el deber constitucional de garantizar su prestación eficiente, sea de manera directa e indirectamente, siendo esta última prestada por los particulares conforme al artículo 365 inciso 2, cuestión que no exonera al Estado de su deber y obligación constitucional, por cuanto se reserva la regulación, vigilancia y control,

⁶⁷ La Corte Constitucional en Sentencia C-041 del Magistrado Ponente Jaime Córdoba Trivillo del 28 de enero de 2003, describe como la noción de estado de derecho comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal, en el cual el Constituyente otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado⁶⁷ y consagró dentro de los deberes de éste el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional

como garante de la prestación de los servicios públicos siendo “la gestora, organizadora, ejecutora y responsable del funcionamiento de los servicios públicos a través de las personas e instrumentos puestos a su disposición, de donde se concluye que el derecho administrativo debía ser necesariamente el régimen jurídico especial y particular de la administración pública como prestaría de los servicios públicos” (Santofimio, 2007, p. 77).

Es así, como existe un vínculo inevitable entre los servicios público y el contrato estatal, por cuanto (i) la finalidad de la actividad contractual es el cumplimiento de los *fines estatales*, la continua y eficiente *prestación de los servicios públicos*. (ii) los servicios públicos son inherentes a la finalidad estatal, (iii) Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines, y (iv) el Contrato estatal es un mecanismo con la cuenta la administración para dar cumplimientos a sus cometidos.

2.3.2 Contrato estatal como acto administrativo en la prestación de servicios. Dicha actividad contractual cuyo objetivo es el cumplimiento de los *fines estatales*, la continua y eficiente *prestación de los servicios públicos*, se materializa mediante el contrato estatal; contrato estatal que es un mecanismo con el que cuenta la administración y una forma de manifestación de la administración para dar cumplimiento a sus cometidos, (Rodríguez, 2007, p. 255), lo anterior toda vez que el Estado no solo refleja su actuar mediante decisiones unilaterales, sino que por el contrario en algunas ocasiones, necesita del consenso, acuerdo o pacto para producir una actuación, tal es el caso del contrato estatal.

Contrato estatal, que fue definido por la ley 80 de 1993 en su artículo 32 estableciendo como “...todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se

refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, es decir el contrato estatal es un *acto* generador de obligaciones derivadas de la autonomía de la voluntad, la cual conforme se explicó se encuentra limitada.

Acto administrativo, que conforme se expuso en el capítulo primero de acuerdo a su clasificación pueden ser bilaterales, entendidos como aquellos “que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas pertenecientes a la administración, como es el caso típico de los contratos” (Rodríguez, 2007, p. 280), es así como conforme a dicha tesis los contratos son actos administrativos que resultan de la voluntad del acuerdo de voluntades.

Igualmente y como lo refiere Agustín Gordillo en tratado de derecho administrativo (como se cita en Sánchez, 2004, p. 241) al referirse a la clasificación de los actos administrativos, “el contrato administrativo sería la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos” y “respecto del acto administrativo contractual o bilateral, el carácter contractual de un acto surge cuando el acto se configura con la intervención de dos sujetos de derecho, es decir dos personas, en el cual una parte es el Estado y la otra parte cualquier persona, pública o privada y como objeto un prestación pública” (Sánchez, 2004, p 242), y en ese sentido el autor afirma que “si el Estado otorga una concesión de servicios públicos y otorga la construcción de una obra pública, no está actuando como una persona de derecho privado sino como una persona de carácter público” (Sánchez, 2004, p 242). Luego el contrato estatal es un acto administrativo bilateral que surge de la intervención de dos voluntades una del Estado y otra persona pública o privada.

2.3.3 Actividad contractual limitada por el servicio público. La actividad contractual está restringida por el servicio público, por cuanto esta tiene como finalidad el cumplimiento de los *finés estatales*, la continua y eficiente *prestación de los servicios públicos*, servicios que son inherentes a la finalidad del Estado y es deber del Estado asegurar su prestación eficiente, los cuales están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado.

Los servicios públicos limitan la actividad contractual en la medida en que las entidades estatales tienen como mecanismo a la contratación pública para la consecución de sus fines, pero la contratación se encuentra reglada por asuntos tales como la sujeción a la ley, y las condiciones presupuestales, que configuran un marco del límite que impiden que exista una verdadera autonomía de la voluntad, más aun cuando la administración goza de las prerrogativas públicas que permiten que en cualquier momento y con el objetivo de dar consecución a los cometidos estatales modificar, terminar, liquidar y/o declarar la caducidad del contrato estatal, aun cuando no se hayan pactado este tipo de cláusulas excepcional, resultando en un status de superioridad de la administración frente al particular.

Tales restricciones se manifiestan por ejemplo en las limitaciones para contratar, por tanto la autorización general para contratar la aporta la ley 80 de 1993, cuando estipula que podrán contratar todas las entidades públicas definidas en el numeral 1 de esta ley, con la salvedad que impone la Constitución Política para las entidades cuyo representante legal es de elección popular, los cuales deberán ser autorizados por el órgano colegiado según corresponda, es el caso del Gobierno Nacional en el cual el congreso otorga la autorización⁶⁸, Gobernadores por las

⁶⁸ La Constitución política en el artículo 150 numeral 9, impone como función del congreso “Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar

Asambleas departamentales⁶⁹ y los alcaldes por el Concejo Municipal⁷⁰, los cuales autorizaran y facultan para contratar limitándola en cuantía y en tiempo dicha competencia.

En relación a la actividad contractual y aras de asegurar la prestación de servicios públicos y dar ejecución a su finalidad, la legislación ha creado procedimentalmente definidos y de obligatorio cumplimiento, que sin duda limitan la actividad contractual, así por ejemplo la ley ha determinado de manera clara y expresa la estructura y documentos del proceso de contratación, contenida (i) por la etapa de planeación que contempla los estudios previos soportes del proceso de contratación, en el cual se establece la descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer, el objeto a contratar, especificaciones, documentos técnicos para el desarrollo del proyecto, modalidad de selección del contratista y su justificación, el valor estimado del proceso y su justificación, los criterios para selecciona la oferta más favorables, análisis de riesgos y la forma de mitigarlo, las garantías⁷¹ que la entidad contempla a fin de mitigar los posibles riesgos; e incluye la obligatoriedad de aviso de convocatoria, pliego de condiciones dependiendo de la modalidad y apertura del proceso.

La estructura y documentos del proceso también incluyen (ii) la selección contenida con la posibilidad de modificar los pliegos de condiciones, los criterios para determinar el ofrecimiento más favorables, la forma de evaluación, la declaratoria de oferta con valor artificialmente bajo por

bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones”.

⁶⁹ La Constitución política en el artículo 300 numeral 9, impone como función de las asambleas departamentales: “Autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales”

⁷⁰

La Constitución política en el artículo 313 numeral 3, impone como función de los concejos municipales: “Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo”.

cuanto su escogencia pondría en riesgo el cumplimiento del contrato y por ende la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, los factores de desempate, y adjudicación, asimismo contempla (iii) los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, los cuales están sujetos al registro presupuestal y publicación en el secop, (iv) y ejecución en lo que se refiere a manejo de anticipos y obligaciones posteriores como la liquidación, la cual es de obligatorio cumplimiento sea de mutuo acuerdo, unilateral de conformidad con las prerrogativas que le asisten a la entidad y judicial.

Igualmente, la ley determina de manera clara las modalidades de selección, en (i) licitación pública, (ii) selección abreviada por subasta inversa, por compra de catálogos derivado de la celebración de acuerdo marco de precios, en bolsa de productos, por menor cuantía, y otros, (iii) concurso de méritos, (iv) Contratación directa y (v) Mínima cuantía.

Es así, como el estudio de este capítulo “Administración pública como sujeto contractual” nos permite realizar las siguientes precisiones que servirán de fundamento para caracterizar la naturaleza jurídica de los contratos de la administración como actos administrativos bilaterales, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos.

1. La Contratación pública y el contrato estatal específicamente, es una forma de manifestación de la administración en ejercicio de la función administrativa, hacia la realización de sus cometidos estatales y en pro de la efectividad de sus finalidades entre ellos la prestación de servicios públicos, actividad que desde la Constitución Política se encuentra limitada por interés general y las finalidades estatales, por el respeto y sujeción a la ley, y por las condiciones presupuestales.

2. Si bien, el origen legal de la actividad contractual en Colombia correspondió a reglamentaciones aisladas y fraccionadas, actualmente nuestro ordenamiento jurídico y a partir de la ley 80 de 1993 inicio una compilación de la actividad contractual en un mismo texto normativo, el cual y conforme a la facultad dada al congreso para expedir un texto acorde con los principio constitucionales de 1991, intentando conciliar conceptos en principio puestos como autonomía de la voluntad e interés público, entre la igualdad y las prerrogativas públicas, entre libertad y seguridad jurídica, entre beneficio particular y cumplimiento de los fines estatales.
3. Sin embargo y como lo afirma el doctrinante BENAVIDES “la recuperación de la lógica contractual no desembocó en el reforzamiento del derecho privado de los contratos estatales”, “esta libertad no es sinónimo de derecho privado”, “el régimen jurídico general del derecho privado anunciado en el artículo 13 de la ley 80, e incluso el régimen exclusivo del derecho privado instaurado por las leyes especiales, contiene más un símbolo que una realidad. La afirmación del derecho privado constituye sobre todo un cliché para promover la imagen de una administración eficaz” (Benítez. 2004, p.489-490).
4. La autonomía de la voluntad predicada sobre la contratación pública se encuentra limitada, por el interés general y las finalidades estatales, por el respeto y sujeción a la ley, y por las condiciones presupuestales.
5. Las prerrogativas públicas traducidas en “*medio jurídicos excepcionales o exorbitantes*”, o “*clausulas excepcionales*”, entendidas como la facultad y los privilegios con que cuenta el Estado para hacer cumplir sus cometidos y ejecutar sus propios actos, rompen con el principio de Igualdad entre el Estado y el particular, en

- tanto posiciona a la administración pública en un estatus superior respecto al particular, que se justifican su existencia siempre que propendan por la consecución de los cometidos estatales.
6. Conforme y lo estipulo nuestro estatuto contractual la contratación estatal tiene como finalidad el cumplimiento de los *fines estatales*, la continua y eficiente *prestación de los servicios públicos* y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, los cuales como lo afirma nuestra Constitución política son inherentes a las finalidades estatales, por lo tanto, los servicios públicos ocupan el fin de la actividad contractual del Estado.
 7. Existe un vínculo inevitable entre los servicios público y el contrato estatal, por cuanto (i) la finalidad de la actividad contractual es el cumplimiento de los cometidos estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. (ii) los servicios públicos son inherentes a la finalidad estatal, (iii) Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines, y (iv) el Contrato estatal es un mecanismo con el que cuenta la administración para dar cumplimientos a sus cometidos.
 8. La actividad contractual cuyo objetivo es el cumplimiento de los *fines estatales*, la continua y eficiente *prestación de los servicios públicos*, se materializa mediante el contrato estatal, el cual y conforme lo definió la ley 80 de 1993 en su artículo 32 es un *acto* generador de obligaciones derivadas de la autonomía de la voluntad, la cual se encuentra *limitada*; contrato estatal que conforme se expuso en el capítulo primero de acuerdo a su clasificación es bilateral, entendidos como aquellos “que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas pertenecientes a la administración, como es el caso típico de los contratos”

(Rodríguez, 2007, p. 280), y que como lo explica Agustín Gordillo en tratado de derecho administrativo (como se cita en Sánchez, 2004, p. 241) “el contrato administrativo sería la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos” es así como conforme a dicha tesis los contratos son actos administrativos que resultan del acuerdo de voluntades.

9. La ley, los procedimientos, las autorizaciones previas, las etapas contractuales y el control, y demás desarrollos normativos configuran limitantes de la actividad contractual, en aras de asegurar la prestación de servicios públicos y dar ejecución a las finalidades estatales.

Una vez agotada la descripción de la “Manifestación de la voluntad de la Administración: el acto administrativo” en el primer capítulo y “Administración pública como sujeto contractual” en este capítulo, es menester seguir con la identificación de los fundamentos descritos en estos dos capítulos que preceden, con el objetivo de identificar la relación entre el acto administrativo y el contrato estatal de la administración desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano.

3. Prestación de servicios: del acto al contrato

En el presente capítulo se determinarán las similitudes y diferencias, entre el acto administrativo y el contrato estatal, con el fin de realizar el análisis y las conclusiones identificando los fundamentos que caracterizan la relación existente entre el acto administrativo y el contrato estatal, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos, en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.1 Similitudes entre el acto administrativo y el contrato estatal.

Entre las semejanzas establecidas entre el acto administrativo y el contrato estatal, desde la perspectiva de prestación de servicios públicos, se identifican sus aproximaciones con el (i) Poder Público de la administración y función administrativa; (ii) las Prerrogativas públicas y servicios públicos; su relación directa con la prestación de servicios públicos (iii) servicios públicos: Acto administrativo y el contrato estatal; la relación con los (iv) límites de la voluntad, la identificación del (v) Contrato estatal como acto administrativo, la relación de sus (vi) Principios de los servicios públicos, de la función pública y su estrecha relación con los de la ley 80 de 1993, y el (vii) Control jurisdiccional del acto administrativo y el contrato estatal.

3.1.1 Poder Público de la administración y función administrativa. Bajo la concepción del estado social de derecho, y en el entendido de una administración defensora de derechos, principios, tanto individuales, como colectivos, la administración se encuentra instituida de poder

para manifestar su voluntad y adoptar sus propias decisiones, las cuales se justifican siempre que busque la consecución de las finalidades y deberes estatales.

Dicho poder de la administración dirigido hacia la realización de las finalidades y deberes estatales, se materializa a través de la función administrativa como actividad concreta, que conforme lo determina nuestra Constitución política, podrán ejercerla no solamente las ramas del poder público sino también los particulares, siempre en ejecución de un fin estatal.

Cuestión que coincide con el querer constitucional del capítulo v de la finalidad social del estado y de los servicios públicos, artículo 365 al establecer que los particulares podrán prestar los servicios públicos, en correspondencia con el artículo 123 de carta en la que determina que los particulares podrán temporalmente desempeñar funciones públicas y artículo 210 según el cual los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que establezca la ley.

Dicha función y/o actividad administrativa se cumple mediante los actos, los hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones (Rodríguez, 2007, p. 255); y al referirnos específicamente al “acto” y conforme se describió en el primer capítulo, “acto administrativo” se entiende como aquella manifestación de la voluntad de la administración, de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que modifique el ordenamiento jurídico (Consejero Estado. sección primera. Auto de la sala Unitaria expediente No. 3195. Libardo Rodríguez; febrero de 1995), que comprende:

Las manifestaciones de voluntad tanto unilaterales como bilaterales, es decir, tanto las que son producto exclusivo de la voluntad de la administración como las que son resultado del acuerdo de voluntades de la administración con otros sujetos de derecho. (Rodríguez, 2007, p. 256).

Por tanto, y en aras de la consecución de las finalidades estatales, las manifestaciones de la voluntad en ejercicio del poder de la administración pública ejecutada por la función administrativa, podrán realizarse por cualquier órgano del estado y/o particulares, a través del “acto administrativo”, manifestación que podrá ser unilateral y/o bilateral.

Por ello, el acto administrativo y el contrato estatal se asimilan en la medida en que son manifestaciones de la voluntad de la administración, realizadas a través del “acto administrativo” unilateral o bilateral, en ejecución de la función administrativa, por cualquier órgano del estado y/o particulares.

3.1.2 Prerrogativas públicas y servicios públicos. El poder o la potestad de la que goza la administración, implica necesariamente la adopción de prerrogativas públicas, que no son otra cosa que la justificación del principio de legalidad de las actuaciones públicas, con presunción de validez y de inmediata ejecutoriedad, que justifican su existencia siempre que propendan por la consecución de los fines estatales.

Las cuales, conforme lo expuso la corte constitucional son facultades que tienen como criterio constitutivo el cumplimiento de las finalidades constitucionales en aras a la satisfacción del interés general, que rompen con el principio de igualdad, posicionando a la administración en un estatus superior respecto del particular (Corte Constitucional, 1994, T-260), o como igualmente esta misma corporación al hacer una breve descripción de la teoría de las prerrogativas públicas, cita a García de Enterría y Fernández, en su obra Curso de Derecho Administrativo, para exponer que la administración está *"dotada de prerrogativas, entendiéndose por tal la realizada con medios*

jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del Derecho Civil" (Como se cita en Corte Constitucional, 1999, C-539).

Prerrogativas públicas, de las cuales también goza el derecho contractual público, tales como: interpretación unilateral, terminación unilateral y caducidad, traducidas en "*medio jurídicos excepcionales o exorbitantes*", o "*clausula excepcionales*" desarrolladas por los artículo 14 a 19 de la ley 80 de 1993 propenden por el cumplimiento del objetivo "*los fines estatales y el cumplimiento del objeto contractual*", poder y potestad exclusiva del derecho que podrán ser explícitas o no, pero siempre se entenderán inmersas por la naturaleza de la relación contractual, (Benites, 2004, p.338).

Cada clausula excepcional tiene una finalidad relacionada directamente con el servicio público, por tanto, la aplicación de *interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral y caducidad*, se hará necesaria cuando existan circunstancias que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado.

Servicios públicos que como lo define nuestra Constitución política en el artículo 365 l son inherentes a la finalidad social del Estado, y conforme lo expresa la Corte Constitucional no se puede concebir la existencia del estado sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos (Corte Constitucional. Sentencia C-041. Magistrado Ponente. Jaime Córdoba Trivillo, del 28 de enero de 2003).

Por tanto, el acto administrativo y el contrato estatal, se relacionan en la medida en que dichas instituciones de derecho público recurren a las prerrogativas públicas para dar consecución y prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos que constituyen las finalidades estatales.

3.1.3 Servicios públicos: Acto administrativo y el contrato estatal. El servicio público entendido como el conjunto de actividades de la administración pública cuya finalidad es la satisfacción de una necesidad de carácter general y nunca de carácter particular (Rodríguez, 2007, p. 547), a partir de la Constitución de 1991 cobran importancia, al ser incluidos en el derecho público colombiano y constitucional al dedicarle nuestra Constitución política el capítulo 5⁷²; se inscribe entre los aspectos más significativos la prestación de servicios como una finalidad, deber y objeto estatal, el aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos los cuales están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado.

Cuestión que es afirmada por el consejo de estado cuando menciona que “Para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, lo cual se obtiene bien con la colaboración de los particulares ora de las propias entidades que integran la administración pública, mediante la contratación de los mismos, de manera que el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...” (Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. -acumulados-. Mp Ruth Stella Correa Palacio; diciembre 3 de 2007).

⁷² De la finalidad social del estado y de los servicios públicos.

La administración pública, como ya se describió, en aras de la consecución de las finalidades estatales y de la adecuada prestación de servicios, manifiesta su voluntad en ejercicio del poder de la administración pública, a través, específicamente, de manifestaciones unilaterales “acto administrativo”, y bilaterales “contrato estatal”, por tanto en ocasiones necesita de la intervención de particulares para lograr sus cometidos, luego la prestación de los servicios públicos y el logro de las finalidades estatales en un objetivo que comparte tanto el acto como el contrato estatal.

3.1.4 Límites a la voluntad. Conforme se describió la autonomía de la voluntad entendida como aquella facultad para auto determinarse sin más restricción que su propia voluntad, en el “acto administrativo”, y en el “contrato estatal”, se encuentra limitada, por el interés general y las finalidades estatales, por el respeto y sujeción a la ley, y por las condiciones presupuestales.

Cuestión que el consejo de estado afirma de la siguiente manera: “contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad”. (Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. - acumulados-. Mp Ruth Stella Correa Palacio; diciembre 3 de 2007), es decir “la autonomía de la voluntad” característicamente presente en las relaciones contractuales del derecho común, en el que las parte actúan en total libertad para obligase, no opera en el derecho contractual público,

existiendo la obligación de las partes “entidad pública y particular” están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico.

Es un limitante el interés general y las finalidades estatales, por tanto, el “acto administrativo”, y el “contrato estatal”, tienen como finalidad la consecución de las finalidades estatales dentro de las que se encuentra la prestación de servicios públicos y el interés común, cuestión que se explica en el estado social de derecho, en la prevalencia al interés general, en el ejercicio de la función administrativa al servicio de los intereses generales.

Igualmente, la voluntad de la administración se encuentra limitada por el *respeto y sujeción a la ley*, existiendo una sujeción directa a la ley, por cuanto pueden realizar únicamente lo que la Constitución y la Ley les autorice expresamente, siendo responsables por infringir la Constitución y las leyes, por omisión o extralimitación de sus funciones,

Igualmente, la administración pública y a la actividad contractual, su autonomía está limitada por los principios, procedimientos, estructuras y condiciones presupuestales de acuerdo con el artículo 345 de la Constitución política no habrá erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el gasto, ni podrá realizarse ningún gasto público que no se haya decretado por el congreso, por las asambleas o por los concejos, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el presupuesto.

3.1.5 Contrato estatal como acto administrativo. Conforme se describió en los capítulos que anteceden, el acto administrativo es una manifestación de la voluntad de la administración, producto de la actividad de la función administrativa, que, como se mostró en sentido amplio, incluye las manifestaciones de voluntades unilaterales como bilaterales; y el contrato estatal como todo acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades derivados del ejercicio de

la autonomía de la voluntad, es decir el contrato estatal es un “*acto*” generador de obligaciones derivadas de la autonomía de la voluntad, luego y conforme a las definiciones tanto el acto administrativo como el contrato estatal son “actos”, más aun cuando la definición de contrato estatal no trae como elemento el “acuerdo de voluntades”, propio del derecho privado.

Igualmente, el acto administrativo, y conforme se detalló en el capítulo primero de acuerdo a su clasificación conforme a las voluntades que intervienen en su formación los actos pueden ser unilaterales o bilaterales.

Unilaterales aquellos fruto únicamente de la voluntad de la administración, y bilaterales, entendidos como aquellos “que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas pertenecientes a la administración, como es el caso típico de los contratos” (Rodríguez, 2007, p. 280).

Igualmente y como lo refiere Agustín Gordillo en tratado de derecho administrativo (como se cita en Sánchez, 2004, p. 241) al referirse a la clasificación de los actos administrativos, “el contrato administrativo sería la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos” y “respecto del acto administrativo contractual o bilateral, el carácter contractual de un acto surge cuando el acto se configura con la intervención de dos sujetos de derecho, es decir dos personas, en el cual una parte es el estado y la otra parte cualquier persona, pública o privada y como objeto un prestación pública” (Sánchez, 2004, p 242).

Por tanto y desde la clasificación, el acto administrativo y el contrato estatal se relacionan, por tanto, los contratos son verdaderos actos administrativos bilaterales que resultan del acuerdo de dos voluntades una del estado y otra persona pública o privada.

3.1.6 Principios de los servicios públicos, de la función pública y su estrecha relación con los principios de la ley 80 de 1993. Desde la Constitución Política se enuncian ciertos principios rectores de la administración que sin duda permean toda la normatividad y las actuaciones en cualquier instancia del estado, orientando y delimitando las actuaciones de la administración, encausando su actividad hacia la realización de sus finalidades y cometidos.

Principio como el de legalidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, buena fe, entre otros, inspiran los principios de la actividad contractual contenidos en la ley 80 de 1993 de transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual y selección objetiva, y consecuentemente los principios de los servicios públicos a la igualdad, continuidad, regularidad, adaptabilidad y neutralidad, que como lo determina nuestra Constitución política son una finalidad estatal.

3.1.7 Control jurisdiccional. Tanto el acto administrativo como el contrato estatal, se relacionan en la medida en que su control es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, en razón al criterio funcional de quien los expide y la función administrativa que cumple.

En el caso del contrato estatal si bien intervienen dos voluntades en la formación del mismo, incluso los particulares autorizados pueden expedir actos sin necesidad de ser un órgano administrativo ya sea transitoriamente o por autorización expresa de la ley, o en razón de la función administrativa, por tanto, el acto administrativo como el contrato estatal son creados en razón de la dicha función, y la jurisdicción que determina su control es la jurisdicción contenciosa administrativa.

3.2 Diferencias entre el acto administrativo y el contrato estatal.

Voluntades que interviene en la formación del acto. Para prestar los servicios públicos y dar consecución a las finalidades estatales, la administración cuenta con instrumentos tales como el acto administrativo y el contrato estatal, los cuales sin perder la naturaleza de actos como se ha venido mostrando, se diferencian en el número de voluntades que intervienen en su formación.

Conforme y se describió en el capítulo primero Manifestación de la voluntad de la Administración: el acto administrativo 1.2.3 Clasificación, en relación a las voluntades que intervienen en su formación, el acto administrativo es unilateral o bilateral.

Serán Unilateral como lo expone Libardo Rodríguez aquellos “producto de la voluntad exclusiva de la administración” (Rodríguez, 2007, p. 280), o como lo expone Sánchez, “aquellos en los que interviene un sujeto, la administración” (Sánchez, 2004, p. 241).

Por el contrario, aun siendo actos administrativos, serán bilaterales aquellos “que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas pertenecientes a la administración, como es el caso típico de los contratos” (Rodríguez, 2007, p. 280), o como lo expone Sánchez al referir “respecto del acto administrativo contractual o bilateral, el carácter contractual de un acto surge cuando el acto se configura con la intervención de dos sujetos de derecho, es decir dos personas, en el cual una parte es el estado y la otra parte cualquier persona, pública o privada y como objeto un prestación pública” (Sánchez, 2004, p 242).

Es así como se muestra al acto administrativo como acto unilateral en su formación y a los contratos como actos administrativos en su formación bilateral.

3.3 Análisis y Conclusiones.

Del presente trabajo se llegan a cuatro grandes conclusiones: (i) a identificar la noción del Acto administrativo en sentido amplio, (ii) a identificar al derecho contractual dentro del derecho público, (iii) a identificar los elementos que permiten aceptar que existe un reforzamiento de las prerrogativas, y restricciones al derecho privado (iv) y a identificar al contrato estatal como un verdadero acto administrativo bilateral.

Conclusiones que serán analizadas a continuación, y que son el producto del análisis de la descripción realizada en el primer capítulo del acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración pública desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico Colombiano, y del segundo capítulo que permitió caracterizar la actividad contractual de la administración pública en la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico Colombiano, que permitieron que en el tercer capítulo se identificarán los fundamentos que caracterizan la relación de similitud y diferencia de los contratos de la administración y actos administrativos, desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano; para finalmente dar respuesta a nuestra pregunta de investigación en cumplimiento al objetivo general, y aceptar que si existe relación entre el acto administrativo y el contrato estatal desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico Colombiano, pues puede afirmarse que los contratos estatales son verdaderos actos administrativos bilaterales.

3.3.1 El Acto administrativo entendido en sentido amplio. Como se describió en los capítulos que anteceden, la función administrativa se cumple mediante los actos, los hechos,

operaciones, vías de hecho y omisiones, encontrando dentro del primero “actos” y en sentido amplio, las dos Instituciones objeto del presente trabajo, el acto administrativo y contrato estatal.

Acto administrativo en “sentido amplio”, por tanto, el mismo siempre ha sido identificado como el acto unilateral en el que únicamente interviene una sola voluntad; cuestión que como se describió en el capítulo primero, con fundamento en posiciones doctrinales y jurisprudenciales, teóricamente no es del todo cierta.

En el mismo sentido, el consejo de estado expone: “...se entiende por acto administrativo la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que en si misma cree, extinga o modifique una situación jurídica (Consejero Estado. sección primera. Auto de la sala Unitaria expediente No. 3195. Libardo Rodríguez Rodríguez; febrero de 1995), es decir como elementos se tienen (i) la expresión de la voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, y (ii) que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que en si misma cree, extinga o modifique una situación jurídica, luego en el acto puede existir la intervención de la voluntad de la administración o la de un particular.

Igualmente, y por su lado la doctrina ha identificado que dicha expresión de la voluntad y o manifestación de la voluntad, únicamente no comprende las declaraciones unilaterales, sino que por el contrario incluye las bilaterales, tesis que es sostenida por Libardo Rodríguez (2007) cuando expone la noción de acto administrativo, manifestando:

“La definición comentada comprende las manifestaciones de voluntad tanto unilaterales como bilaterales, es decir, tanto las que son producto exclusivo de la voluntad de la

administración como las que son resultado del acuerdo de voluntades de la administración con otros sujetos de derecho”. (Rodríguez, 2007, p. 256).

El consejo de estado de la misma manera lo afirma cuando anuncia: “El concepto tradicional el acto administrativo hace referencia a una declaración unilateral de voluntad de la administración y por lo tanto, quedan excluidos los negocios jurídicos. En un sentido más amplio se comprenden en el acto administrativo también los actos bilaterales de la administración” (Consejo De Estado. Sección tercera. Sentencia rad ACU-765. M.P Ricardo.1999).

Por su parte y como otro elemento caracterizador del acto administrativo en sentido amplio, podemos identificar el elemento funcional, en el cual la manifestación y/o expresión de la voluntad se realiza en ejercicio de una función administrativa, la cual incluye a los particulares “como una expresión del desarrollo de derecho plasmado en los artículos 26, 123 inciso 3, 210y 365 de la constitución nacional” (Penagos, 2001, pp.120-124).

Cuestión que es consecuente con lo expuesto por la corte constitucional en Sentencia C-558 de 2001, cuando expone que:

“a partir del decreto 01 de 1984 no cabe duda alguna en cuanto a que los particulares que desempeñen funciones administrativas pueden dictar verdaderos actos administrativos, susceptibles de los recursos gubernativos previstos en el Estatuto Contencioso o en regímenes especiales, para lo cual la respectiva entidad privada milita como sede administrativa en la órbita propia de la autotutela de los actos administrativos” (Corte

Constitucional. Sentencia C-558. Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería del 31 de mayo de 2001.).

Así, por tanto se debe identificar al acto administrativo en sentido amplio, como aquel acto emanado de una autoridad administrativa y/o particular facultado, producto del cumplimiento de funciones públicas, unilateral o bilateral, cuyo control le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa⁷³, noción en la que cabe la tesis de “acto contractual o bilateral” (Sánchez, 2004, p. 242) y los que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración (Rodríguez, 2007, p. 280), al referirnos al contrato estatal.

3.3.2 El contrato estatal hacia el derecho público. Si bien, el estatuto contractual intentó flexibilizar el contrato estatal con el artículo 13 de la ley 80 de 1993, también es cierto que el desarrollo normativo, el mismo estado social de derecho y la jurisprudencia, han llevado a desnaturalizar la aplicación de un régimen privado, y por el contrario el contrato estatal ha tomado una dirección hacia el derecho público.

Las prerrogativas, interpretación unilateral, terminación unilateral, caducidad, las limitantes a la autonomía de la voluntad tales como principios, procedimientos contractuales, condiciones presupuestales, la protección de los derechos e intereses públicos, han llevado el régimen contractual hacia el derecho público, más aun cuando el objeto del contrato estatal es la

⁷³ Noción que en parte Luis Enrique Berrocal, integra con los criterios del acto. “organicista por cuanto emana de un órgano administrativo, material al referirse al alcance de la situación que contiene, funcional en tanto son expedidos en cumplimiento de la función administrativa, teleológico por la finalidad o propósito general del acto, formal que hace relación al cómo o al modo en la formación del acto, control jurisdiccional en tanto el control del acto administrativo es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, y criterio jerárquico por cuanto este está subordinado a la ley”. (Berrocal, 2004, p. 10-30).

consecución de las finalidades estatales, por tanto y como lo enuncia Benavides “el régimen jurídico general de derecho privado anunciado por el artículo 13 de la ley 80, e incluso el régimen exclusivo de derecho privado instaurado por las leyes especiales, contiene más un símbolo que una realidad”(Benavides, 2004, p 490)

Lo que se evidencia en la práctica contractual, es que las potestades dadas a los servidores públicos, desbordaron los límites de la libertad y de la autonomía de la voluntad otorgada, realizándose procesos contractuales ajustados, sin los estudios previos correspondientes, falta de planeación en los mismos, fraccionamiento de contratos evitando modalidades contractuales, y celebración de contratos sin el lleno de requisitos, lo que consecuentemente resulta en corrupción administrativa, que se ve encausada hacia la regulación excesiva de la actividad contractual y de la intervención de la jurisdicción contenciosa para regular dichos aspectos, mediante el reforzamiento y consolidación del régimen público, las prerrogativas públicas en aplicabilidad de los principios de la función pública y la actividad contractual.

3.3.3 Reforzamiento de las prerrogativas, y restricciones al derecho privado. En atención a la práctica contractual mencionada, en el que la libertad y la autonomía de la voluntad han desbordaron los límites dados, siendo constante la corrupción administrativa, la tendencia es hacia el reforzamiento del régimen público y el aumento en las restricciones del derecho privado, se pueden evidenciar:

1. Restricciones y/o reglas presupuestales, para la celebración de contratos estatales tales como disponibilidad presupuestal y requisitos de ejecución como el registro presupuestal y restricciones para sus adicionales tales como porcentaje máximo de

- adición, el respeto a los principios presupuestales tales como racionalización y transparencia del gasto público, reglas para la ordenación del gasto y ejecución anualizada del gasto.
2. Rigurosidad en los Procedimientos para la selección de contratistas mediante modalidades contractuales, obligatoriedad de pliegos de condiciones en donde se establezcan factores de escogencia y calificación y requisitos específicos según cada modalidad, son desarrollos normativos que sin duda fortalecen el régimen público y restringen el privado, al establecer procedimientos que limiten la autonomía de la voluntad de la administración.
 3. La publicidad en los procesos contractuales, instaurada mediante el decreto 2178 de 2006 Derogado por el art. 25 del Decreto Nacional 3485 de 2011 con la creación del sistema electrónico para la contratación pública SECOP permite divulgar los procesos contractuales en pro de la transparencia, además que permite el ejercicio del control ciudadano, de los proponentes y de las entidades de control; igualmente la posibilidad de presentar observaciones y las audiencias públicas de adjudicación son sin duda un reforzamiento al régimen público y una restricción al privado.
 4. Los intereses públicos, la consecución de las finalidades estatales y el cumplimiento de los principios de la actividad contractual como límites a la autonomía de la voluntad, que es el principio básico del derecho privado, son sin duda un factor determinante que nos permite determinar el reforzamiento del régimen público y la restricción del privado.
 5. El desarrollo de las prerrogativas que la administración en pro de la consecución de las finalidades estatales y de la prestación de los servicios a su cargo, suponen por si solas

- un escenario de desequilibrio en la relación contractual, contrariando el principio de derecho privado de “igualdad”, por tanto, una vez más se puede determinar el reforzamiento del derecho público en la contratación pública.
6. El objeto de la contratación pública, que es la consecución de las finalidades estatales y la prestación de servicios, en sí misma, constituye un reforzamiento del régimen público por tanto permiten la aplicación de las prerrogativas ya mencionadas, imponiéndose la administración sobre el particular bajo la premisa del logro de las finalidades estatales.
 7. La aplicación del principio privado de autonomía de la voluntad se ve restringido en la contratación pública
“...a diferencia de la contratación entre particulares, en el que se elige al contratante según las leyes del mercado o por razones que atañen a la voluntad de que quien requiere el bien o servicio, el proceso de formación de la voluntad de la administración en la contratación pública es regulado, en tanto, se descompone en varias fases o etapas más o menos numerosas que involucran actos administrativos, hechos, simples actos, la decisión de contratar, la selección del cocontratante, el perfeccionamiento del contrato” (Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Mp Ruth Stella Correa Palacio; diciembre 3 de 2007).
 8. La obligación de establecer los riesgos en la contratación pública mediante la ley 1150 de 2007, y la obligatoriedad de incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, es sin duda un reforzamiento del derecho público en la contratación pública, por tanto, los mismos son estimados,

tipificados y asignados por la entidad estatal sin mediar acuerdo entre las partes es una imposición de la administración.

3.3.4 Desde la prestación de servicios públicos, Contratos de la administración como actos administrativos bilaterales. Como se ha venido mostrando existe un reforzamiento del régimen público en la contratación estatal, que obedece necesariamente y conforme se describió, al aseguramiento y efectividad de la prestación de los servicios públicos que en últimas resulta ser conforme lo estipula nuestra Constitución, una finalidad y un cometido estatal.

Dicho cumplimiento de las finalidades estatales, se realiza entre otros mecanismos a través del contrato estatal, entendido este conforme se describió en el primer capítulo, en un “acto administrativo bilateral”, y como se identifica en el presente capítulo dentro del “acto administrativo en sentido amplio”.

Igualmente, y realizada la consulta jurisprudencia el consejo de estado mediante providencias ha afirmado, la bilateralidad de los actos administrativos, así:

- "El concepto tradicional el acto administrativo hace referencia a una declaración unilateral de voluntad de la administración y por lo tanto, quedan excluidos los negocios jurídicos, En un sentido más amplio se comprenden en el acto administrativo también los actos bilaterales de la administración. Se destaca que el carácter bilateral del acto se predica en consideración a la concurrencia de voluntades en la formación del acto y en la realización de los efectos del mismo” (Consejo De Estado. Sección tercera. Sentencia rad ACU-765. M.P Ricardo Hoyos Duque; junio 17 de 1999).

- Consejo de estado quien cita a Brewer- Carías, Allan. “A pesar de la aparente unanimidad en relación con el carácter unilateral de los actos administrativos, algunos doctrinantes consideran que existen actos administrativos bilaterales, esto es, que los actos de la administración se expiden también con el concurso de la voluntad de los particulares o con la participación directa del administrado, por lo que “la participación de intereses colectivos y difusos, ha provocado el abandono de la acción unilateral de la Administración, sustituyéndose por la decisión convenida con los representantes de aquellos” (Consejo De Estado. Sección quinta. Sentencia rad 19001-23-31-000-2003-1542- 01(ACU). M.P ÁLVARO MORALES TOMBE; mayo 13 de 2004).

Por tanto, y desde los fundamentos conceptuales expuestos en el presente trabajo se puede afirmar que concurren elementos que permiten identificar que si existe una relación desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos entre los contratos de la administración y el contrato estatal, por tanto, puede caracterizarse el contrato estatal como un acto administrativo bilaterales, entendido este, en “sentido amplio”, y como una manifestación de la Administración para dar cumplimiento a la prestación de servicios públicos y a las finalidades estatales.

REFERENCIAS

Benavides José Luis. (2004). El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá Colombia: Edit. Universidad Externado de Colombia.

Berrocal Guerrero Luis Enrique (2004). Manual del acto administrativo, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Bogotá Colombia: Edit. Librería ediciones del profesional Ltda.

Consejero Estado. sección primera. Auto de la sala Unitaria expediente No. 3195. Libardo Rodríguez Rodríguez; febrero de 1995

Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. RAD 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) -acumulados-. Mp Ruth Stella Correa Palacio; diciembre 3 de 2007.

Consejo De Estado. Sección quinta. Sentencia rad 19001-23-31-000-2003-1542- 01(ACU). M.P ÁLVARO MORALES TOMBE; mayo 13 de 2004.

Consejo De Estado. Sección tercera. Sentencia rad ACU-765. M.P Ricardo Hoyos Duque; junio 17 de 1999.

Constitución política de Colombia. Artículo 13. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución política de Colombia. Artículo 2. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución Política de Colombia. Artículo 209. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución política de Colombia. Artículo 365. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución política de Colombia. Artículo 366. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución política de Colombia. Artículo 56. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución política de Colombia. Artículos 209 al 211. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución política de Colombia. Preámbulo. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Constitución política. Artículo 365. Promulgada el 4 de julio de 1991.

Corte Constitucional. C-069. Hernando Herrera Vergara. Febrero 23 de 1995.

Corte Constitucional. Sala Plena. C-041. Jaime Cordoba Trivillo; Enero 28 de 2003.

Corte Constitucional. Sala Plena. C-066. Fabio Morón Díaz; Febrero 11 de 1997.

Corte Constitucional. Sala Plena. C-150. Mauricio González Cuervo; abril 8 de 2015

Corte constitucional. Sala Plena. C-539. Eduardo Cifuentes Muñoz; Julio 28 de 1999.

Corte Constitucional. Sala Plena. C-558. Jaime Araujo Rentería; mayo 31 de 2001.

Corte Constitucional. Sala Plena. C-636. Antonio Barrera Carbonell; Mayo 31 de 2000.

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. T-604. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. 14 de diciembre de 1992

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. T-260. Alejandro Martínez Caballero; junio 1 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia SU-747 del 2 de diciembre de 1998

Decreto 1050 de 1955. Por el cual se organiza el crédito público de los Departamentos, Municipios y organismos autónomos descentralizados. Abril 29 de 1955. Diario oficial No 28742.

Decreto 1082 de 2015, Departamento Nacional de Planeación “por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”. 26 de mayo de 2015. Diario oficial No 49523.

Decreto 1474 de 2011. Presidencia de la República De Colombia “por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de

corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 12 de julio de 2011. Diario oficial No 48128.

Decreto 150 de 1976. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Febrero 18 de 1976. Diario oficial No 34492.

Decreto 1510 de 2013. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. 17 de julio de 2013. Diario oficial No 48854.

Decreto 2170 de 2002. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. Octubre 3 de 2016. Diario oficial No 44952.

Decreto 2178 de 2006. Presidencia de la República De Colombia. Por medio del cual se crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública. 30 de junio de 2006. Diario oficial No 46315.

Decreto 222 de 1983. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Febrero 6 de 1983. Diario oficial No 36189.

Decreto 2434 de 2006. Presidencia de la República De Colombia. en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993. Julio 19 de 2006. Diario oficial No 46334.

Decreto 2474 de 2008. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. 7 de julio de 2016. Diario oficial No 47043.

Decreto 2681 de 1993. Por el cual se reglamentan parcialmente las Operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas.

Diciembre 30 de 1993. Diario oficial No 41159.

Decreto 3130 de 1968. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. 26 de diciembre de 1968. Diario oficial No 32687.

Decreto 3485 de 2011. El ministro de defensa nacional de la república de Colombia, delegado de funciones presidenciales. Por el cual se reglamenta el Sistema Electrónico para la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones. 22 de septiembre de 2011. Diario oficial No 48200.

Decreto 351 de 1955. Por el cual se dictan algunas normas de carácter administrativo y fiscal sobre contratos y reservas. marzo 4 de 1955. Diario oficial No 28699.

Decreto 4170 de 2011. Presidencia de la República De Colombia. por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura. 3 de noviembre de 2001. Diario oficial No 48242.

Decreto 550 de 1960. Por la cual se adoptan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos. Marzo 18 de 1960. Diario oficial No 30186.

Decreto 679 de 1994. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. marzo 29 de 1994. Diario oficial No 41287.

Decreto 734 de 2012. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. 13 abril de 2012. Diario oficial No 48400.

Decreto 855 de 1994. Presidencia de la República De Colombia. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa. 29 de abril de 1994. Diario oficial No 41337.

Dromi José Roberto. (1996). Derecho administrativo 5ta edición. Buenos Aires: Edit. ciudad argentina.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. (1997). Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Madrid España: edit. Civitas.

Ley 104 de 1892. Sobre ferrocarriles. Diciembre 30 de 1892.

Ley 105 de 1931. Sobre organización judicial y procedimiento civil. 17 de octubre de 1931.

Ley 106 de 1931. Por la cual se sustituye el artículo 1o de la Ley 116 de 1923, que reglamenta la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales. Octubre 15 de 1931.

Ley 110 de 1912. Por la cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. Noviembre 23 de 1912.

Ley 1150 de 2007. El congreso de Colombia. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. Diario oficial No 46691.

Ley 130 de 1913. Sobre la Jurisdicción de lo contencioso-Administrativo. Diciembre 13 de 1913.

Ley 142 de 1994. Régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. julio 11 de 1994. Diario oficial No 41433.

Ley 167 de 1941. Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. Enero 7 de 1942. Diario oficial No 24853.

Ley 19 de 1982. Por la cual se definen nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de

contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones. Febrero 3 de 1982. Diario oficial No 35937.

Ley 28 de 1974. Por la cual se reviste la Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1974.

Ley 36 de 1966. Por la cual se adiciona y aclara la Ley 4ª de 1964, sobre la industria de la construcción, contratos y concursos, y se dictan otras disposiciones. Agosto 10 de 1966. Diario oficial No 32002.

Ley 4 de 1964. Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos. 06 de octubre 1964. Diario oficial No 31481.

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. 8 de julio de 1998. Diario oficial No 43335.

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización, funcionamiento de las entidades y organismos del orden nacional; se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones prevista en los numerales 15 y 16 del artículo 189, de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1998. Diario oficial No 43464.

Ley 53 de 1909. Sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno. Diciembre 01 de 1909.

Ley 61 de 1921. Sobre asuntos fiscales. Diciembre 28 de 1921.

Ley 689 de 2001. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Agosto 31 de 2001. Diario oficial No 44537.

Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. 5 de febrero de 2002. Diario oficial No 44699.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. octubre 28 de 1993. Diario oficial No 41094.

Montesquieu. (1993). El espíritu de las leyes. Madrid España: Edit. Tecnos.

Penagos Gustavo. (2001). El acto Administrativo. Bogotá Colombia: Edit. Librería ediciones del profesional Ltda.

Penagos Gustavo. (2004). Derecho Administrativo nuevas tendencias. Bogotá dc. Colombia: Edit. Ediciones doctrina y ley Ltda.

Rodríguez Rodríguez Libardo. (2007). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá Colombia: Ed. Temis.

Sánchez Morón Miguel. (2005). Derecho Administrativo parte general. Madrid España: Edit. Tecnos grupo Anaya sa.

Sánchez Morón Miguel. (2005). Derecho Administrativo parte general. Madrid, España: Edit. Tecnos grupo Anaya sa.

Sanchez Torres Carlos Ariel (2004). Acto administrativo teoría general. Bogotá Colombia: Edit. legis.

Santofimio Gamboa Jaime Orlando. (2007). Tratado de derecho administrativo introducción a los conceptos de la administración pública y derecho administrativo. Bogotá Colombia: Edit. externado de Colombia.

Yournes Moreno Diego. (2007). Curso de derecho Administrativo. Bogotá Colombia: Edit. Temis.