

**Problemática actual sobre la definición de la naturaleza de las decisiones adoptadas por la  
administración contratante durante la ejecución de un contrato estatal**

**Ana María Reinoso Galindo**

**Tutor:**

**Dr. Mauricio Torres Guarnizo**

**Universidad Santo Tomás**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Derecho Contractual Público y Privado**

**Bogotá D.C.**

**2020**

**Problemática actual sobre la definición de la naturaleza de las decisiones adoptadas por la administración contratante durante la ejecución de un contrato estatal. Aproximaciones para solucionar la problemática existente en torno a la naturaleza de las decisiones adoptadas por la administración contratante en el marco de un contrato estatal\***

Ana María Margarita Reinoso Galindo\*\*

**Resumen**

La dualidad de regímenes de contratación estatal en Colombia, en unos casos gobernados por el derecho público y en otros, por el derecho privado, ha conducido a que se genere una problemática en la instancia administrativa y jurisdiccional a la hora de desentrañar la verdadera naturaleza de las decisiones emitidas por la Administración contratante en el marco del negocio jurídico. A veces se ha considerado que participan de la naturaleza de actos administrativos, mientras que en otras se han concebido como actos jurídicos de derecho privado. Lo anterior, a su turno, ha desencadenado una incertidumbre fundada en punto a la pretensión que corresponde elevarse en sede judicial con el fin de atacar los efectos nocivos derivados de esas decisiones y a la par ha llevado a que las entidades estatales desprendan de aquellas efectos vinculantes, ejecutivos y ejecutorios en eventos en los, en realidad, no están provistas de esos atributos. La circunstancia puesta de presente impone la necesidad de hallar herramientas dirigidas a escudriñar la naturaleza de las decisiones emitidas por la Administración pública contratante en el escenario del contrato estatal con la finalidad de evitar tratamientos dispares, contradictorios e inequitativos frente a un mismo tópico por parte del estamento judicial.

**Palabras claves**

Acto administrativo, función administrativa, régimen jurídico de contratación, principio de legalidad, acto jurídico de derecho privado, elementos de la esencia, inexistencia del acto, elementos de validez, nulidad del acto.

---

\* Artículo de posgrado para acceder al título de magister en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. “Problemática actual sobre la definición de la naturaleza de las decisiones adoptadas por la administración contratante durante la ejecución de un contrato estatal. Aproximaciones para solucionar la problemática existente en torno a la naturaleza de las decisiones adoptadas por la administración contratante en el marco de un contrato estatal”.

\*\* Abogada de la Universidad San Buenaventura – Seccional Cali, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Javeriana y en Contratación Estatal y su Gestión de la Universidad del Rosario.

## **Abastract**

The duality of state contracting regimes in Colombia, in some cases governed by public law and in others, by private law, has led to a problem in the administrative and jurisdictional instance when it comes to unraveling the true nature of the decisions issued by the contracting Administration within the framework of the legal business. Sometimes it has been considered that they participate in the nature of administrative acts, while in others they have been conceived as legal acts of private law. The foregoing, in turn, has unleashed an uncertainty based on the claim that corresponds to be raised in court in order to attack the harmful effects derived from those decisions and at the same time has led state entities to detach from those binding effects , executives and executors in events in which, in reality, they are not provided with those attributes. The present circumstance imposes the need to find tools aimed at scrutinizing the nature of the decisions issued by the contracting public Administration in the state contract scenario in order to avoid disparate, contradictory and inequitable treatments of the same topic by the judicial estate.

## **Key words**

Administrative act, administrative function, legal contracting regime, principle of legality, legal act of private law, elements of the essence, non-existence of the act, elements of validity, nullity of the act.

## **Introducción**

La promulgación de la Constitución Política de 1991 se erigió, entre otras razones, como una respuesta a la necesidad de realizar un cambio en el modelo de Estado imperante hasta entonces en Colombia. Es así como la Carta Superior determinó la transformación de un Estado monopólico a uno de estirpe neoliberal en el que el rol del estamento público se concibió, ya no como el de artífice y productor exclusivo de las obras, bienes y servicios públicos a cuyo amparo se hallaba su dispensa, sino como un actor más en la dinámica económica estatal que, en atención a esa transición filosófica, abrió sus puertas al sector privado en un plano de igualdad y de libre competencia.

Esta situación coyuntural tuvo un impacto reflejo en el ámbito contractual.

En primer lugar, derivó en la derogatoria del Decreto-ley 222 de 1983, en principio diseñado como un catálogo normativo que recogía el sistema franco-español, caracterizado por la concepción ambivalente de contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

En segundo término, condujo a la expedición de la Ley 80 de 1993, cuerpo normativo que abandonó la doble connotación negocial regente y, en su lugar, adoptó un concepto unificado de contrato estatal gobernado por un régimen jurídico mixto, de conformidad con el cual, por vía de su artículo 13, se estableció como regla general que la actividad contractual se sometería a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes que regulaba la actividad entre particulares y, por excepción, se sujetaría al derecho público en las materias expresamente reguladas por esa ley.

Concatenado con lo anterior, uno de los aspectos puntualmente regulados por la Ley 80 de 1993 y, como tal, reservados al imperio del derecho público, correspondió a las prerrogativas o potestades públicas que podía ejercer la Administración con ocasión de la actividad contractual.

En efecto, la Ley 80 se encargó de dotar a las entidades estatales de facultades o potestades especiales llamadas anteriormente exorbitantes en su predecesor Decreto-ley 222 y excepcionales en el estatuto vigente, tales como la declaratoria de caducidad administrativa, la interpretación unilateral, la modificación unilateral y terminación unilateral, dirigidas a lograr el cumplimiento del contrato celebrado y, con ello, la concreción del fin público que hubiere motivado su suscripción, decisiones que, en todo caso, según la misma ley, habrían de instrumentarse **mediante la expedición de actos administrativos** susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De la misma manera, a través del compendio normativo mencionado y de su reforma introducida por la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 1474 de 2011 se revistió a las entidades gobernadas por el Estatuto de Contratación de la Administración Pública de la posibilidad de adoptar, con ocasión de la actividad contractual, otro tipo de determinaciones unilaterales, con fines distintos a los señalados en el párrafo que precede y que igualmente debían estar materializadas en actos administrativos pasibles del mismo control de legalidad, como ocurrió en el caso de la declaratoria de incumplimiento, la aprobación de las garantías, la terminación unilateral sustentada en causales de nulidad, la imposición de multas, la efectividad de la cláusula penal y la liquidación unilateral del contrato, entre otras.

Ahora bien, de otro lado, en la actualidad existen múltiples entidades públicas sometidas a regímenes exceptuados de cobertura del Estatuto de Contratación Estatal que se informan de manera prevalente por las normas del derecho privado o por legislaciones especiales. No obstante por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, “aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde, con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política”; a lo dicho se agrega que en varios de estos eventos el legislador ha autorizado la inclusión de potestades excepcionales, así como la posibilidad de expedir algunos actos administrativos en materia contractual para ciertos aspectos específicos.

Son muchos los tratadistas de todas las latitudes, incluyendo a los representantes de la doctrina nacional, que se han ocupado de definir el acto administrativo y han brindado algunos criterios de distinción basados en el principio de legalidad y de la función administrativa, para diferenciarlos de los actos jurídicos civiles o mercantiles.

Sin embargo, el panorama actual revela que al interior de las entidades públicas, ya sea sometidas al Estatuto de Contratación Estatal o exceptuadas de su amparo en su actividad negocial, en veces adoptan decisiones bajo el rótulo de actos administrativos y en otras tantas, no obstante tratarse de las mismas materias allí contenidas, las desproveen de ese ropaje, circunstancias que crean una confusión en torno a los atributos de las mismas, esto es, si gozan de ejecutoriedad o ejecutividad para hacerse valer por sí y ante sí, o si no traspasan el plano del acto de un particular, lo cual constituye un galimatías que finalmente debe ser definido por el juez del contrato estatal en cuyo marco se profieren esas decisiones.

Una vez se acude al estamento judicial la situación no parece esclarecerse y, por el contrario, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dictado sendas providencias contradictorias en torno al mismo tema que ponen en vilo la seguridad jurídica, dado que, lejos de brindar un criterio unificado en relación con ese tópico, se ha tornado pendular.

En medio de este contexto fáctico y normativo se genera una discusión dirigida a establecer ¿si la ausencia de una posición uniforme en el mundo jurídico encaminada a determinar cuál es la naturaleza de las decisiones que las entidades estatales adoptan con ocasión de la actividad negocial del Estado genera un impacto negativo e inequitativo frente a los efectos que de allí se desprenden para las partes del contrato?

Es por esto que el objetivo medular del presente documento se centra en analizar la problemática que, en torno a la definición de la naturaleza de las decisiones emanadas de las entidades públicas, ya sea sometidas a la Ley 80 o excluidas de su aplicación, en el contexto de su tráfico negocial, se presenta en la instancia judicial competente y los efectos que ello acarrea, tanto para la Administración como para los administrados, en punto a la inseguridad jurídica y a la transgresión al principio de igualdad que esto comporta.

Para ello (i) se partirá de referir algunas nociones de acto administrativo que brinda la doctrina, así como a las de función administrativa y principio de legalidad, en cuya existencia halla su justificación aquél (ii) luego, se verificará la noción de acto administrativo descendida en el ámbito contractual del Estado; (iii) acto seguido, se evidenciarán las problemáticas concretas presentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la naturaleza de las decisiones procedentes de las entidades estatales sometidas al régimen de contratación de la Ley 80 y a sus efectos frente a las partes del contrato; y, finalmente, se pondrán de relieve iv) las divergencias advertidas en la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno a la naturaleza de las decisiones emanadas de las entidades públicas cuya actividad comercial se encuentra exceptuada de aplicación de la Ley 80 de 1993 y a los efectos que ello irradia a los extremos cocontratantes.

Esta investigación se abordará desde un enfoque cualitativo, a partir del análisis jurídico de instituciones, tales como la función administrativa, el principio de legalidad, el régimen jurídico que informa la contratación estatal y la naturaleza de las decisiones adoptadas con ocasión de la actividad contractual. En ese sentido, se utilizará un enfoque teórico- jurídico, que se centrará en el estudio de diversas tesis jurisprudenciales que existen en torno a la naturaleza de los actos emitidos durante la ejecución del contrato, en contraste con la doctrina autorizada en la materia.

Igualmente, este proyecto de investigación tendrá un carácter descriptivo, a través de la implementación del análisis documental que recaerá sobre la doctrina nacional y extranjera que resulte pertinente y, de manera prevalente, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, debido a que, a partir del estudio de estas decisiones, se derivaran los efectos nocivos que en torno a la ausencia de una postura unificada se presentan frente a las partes de la relación contractual.

## **Problemática actual sobre la definición de la naturaleza de las decisiones adoptadas por la administración contratante durante la ejecución de un contrato estatal**

### **I. Nociones generales de acto administrativo, función administrativa y principio de legalidad desde la doctrina**

En este primer apartado se revisarán, de manera genérica, algunas nociones del acto administrativo que la doctrina extranjera y nacional ofrecen y su interrelación con la función administrativa y el principio de legalidad, en razón a que a partir de sus análisis conjunto y articulado se irán decantado las bases generales asociadas a su distinción de los actos civiles y mercantiles, cuya dificultad en su diferenciación, en efecto, constituye la fuente de la problemática que convoca la redacción del presente escrito.

El acto administrativo, entendido como la principal herramienta de la Administración para materializar la declaración de su voluntad, emitida por una autoridad pública en orden a generar efectos en derecho en relación con los administrados (Hariou, 1892), ha sido materia de constante análisis y estudio por parte de diversos autores foráneos, quienes han nutrido la cultura jurídica occidental y han contribuido a la construcción que sobre ese concepto ha edificado la doctrina nacional, la que, en síntesis, la ha definido, y así lo ha avalado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, como a título ilustrativo se observa en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, el 15 de octubre de 2015, dentro del expediente No. 35.213, como toda declaración de voluntad de la



Administración pública, que se expide de forma unilateral, en ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos definitivos (Berrocal, 2009).

Según el derecho foráneo, deberá entenderse por acto administrativo “toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas” (Recaredo, F. 1929, p.15).

Dicho lo anterior, se precisa que, para los propósitos de este escrito, se acogerá la separación que, en voces de la comunidad académica, existe entre los conceptos de acto administrativo y negocio jurídico.

Ciertamente, no obstante que ambos entrañan una manifestación de la voluntad de la administración pública, solo el acto administrativo reviste un carácter obligatorio y coercitivo para el destinatario de sus efectos (Jellinek,1931), constituyendo este último uno de sus elementos esenciales y que se fundamenta en el hecho de emanar de un poder superior que rompe la relación horizontal latente entre quien lo expide y a quien se dirige, por cuenta del carácter coercitivo que de él se deriva, lo que lo diferencia del negocio jurídico en el que su naturaleza obligatoria recae en quien declara su voluntad (Fortshoff,1973).

Sentada la anterior precisión, de la cual, dicho sea de entrada, se obtiene una de las notas características fundamentales para evidenciar la presencia de un acto administrativo, se revisarán algunas nociones generales que existen sobre esta figura con el fin de desentrañar sus rasgos característicos.

Según unos autores, otro de los aspectos fundamentales del acto administrativo se centra en la vocación de producir efectos jurídicos concretos y de alcance particular (Sayagués, 1974),

noción que aun cuando no deja de ser veraz, excluye aquellos instrumentos de la misma naturaleza, como los reglamentos, que crean situaciones generales y que, no por ello, a juicio de la suscrita, pierden su estirpe de acto administrativo.

Para Mayer, el acto administrativo “es una manifestación especial del poder público que no emana de un miembro cualquiera de la administración” (Meyer,1982, p.126), postulado que nítidamente deja entrever el vínculo estrecho que existe entre esa manifestación y la competencia que debe existir para expresarla. Esa misma comprensión la dispensan algunos tratadistas españoles al advertir que es un instrumento concedido para cristalizar las competencias otorgadas a la Administración por el ordenamiento jurídico encaminadas a mandar, autorizar, conceder o crear relaciones jurídicas (Gallego y Menéndez, 2001). Así también lo señalan Gascón y Marín al indicar que “el acto administrativo precisa capacidad; esto es competencia en la autoridad administrativa, un fin público que determine dicha competencia y una situación jurídica como consecuencia del objeto a cumplir” (Gascón y Marín, 1929).

De lo hasta ahora expuesto, que aun cuando no ha sido muy extenso sí resulta suficiente para materializar los objetivos que se pretenden alcanzar en este documento, pueden realizarse dos aspectos de capital relevancia: i) el primero apunta al carácter inescindible que existe entre el acto administrativo y el ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública, que en otras palabras dice relación con el ejercicio de la función administrativa; ii) el segundo radica en el vínculo que une al acto administrativo con el principio de legalidad, bajo el entendido de que la facultad o potestad para expedirlo debe estar determinada en el ordenamiento jurídico.

i).- Para iniciar el estudio del primer punto hay que señalar que, de antaño, se ha admitido que la Administración no se expresa de manera única y exclusiva a través de actos administrativos

que comporten el ejercicio de su poder de autoridad o de imperio, en cuanto igualmente es posible que se pronuncie a través de actos de gestión (Hauriou, 1976).

Así, de tiempo atrás se ha afirmado que existe la posibilidad de que la Administración expida actos administrativos y alternamente ejerza actos civiles.

Sobre el particular, Marienhoff (2003) enseña:

“Para que un acto emitido por la Administración Pública constituya un “acto administrativo”, es imprescindible que al hacerlo la Administración Pública actúe en su calidad de tal, ejerciendo su normal capacidad de derecho público; es decir, la Administración Pública debe actuar en su carácter de órgano especial de la estructura del Estado. De todo que para que el acto se considere administrativo no basta con que sea emitido por una autoridad administrativa: además de esto, deben cumplirse las condiciones mencionadas. Los actos de la Administración Pública, realizados en la esfera del derecho privado, no son actos administrativos.

“Pero la originaria o específica capacidad de las entidades públicas para actuar en el campo del derecho público, produciendo actos administrativos, no obsta para que puedan actuar en la esfera del derecho privado, produciendo actos civiles, por oposición a actos administrativos.

“La actividad pública de la Administración es lo principal para ésta, en tanto que la actividad “privada” de la Administración Pública es sólo “subsidiaria”.

“Entre el acto “administrativo y el acto civil de la Administración Pública, la diferencia es sustancial u objetiva, pues desde el punto de vista “orgánico” o “subjetivo” no existe diferencia alguna: el órgano emisor es siempre el mismo. Ya

se trate de un acto “administrativo” o de un “acto civil” de la administración pública, siempre se tratará pues de una intervención de la autoridad administrativa, ya que en ambos casos es a través de ésta que el Estado expresa y debe expresar su respectiva voluntad. La “autoridad administrativa” es precisamente el órgano de la persona jurídica, “Estado” de que éste se vale y debe valerse en la especie: de ahí que, para la validez del respectivo acto civil de la Administración Pública deben así mismo respetarse las normas sobre competencia, forma etc., reguladoras de la actividad de tal órgano” (p. 232-236).

Berçaitz (1980), al plantear la discusión acerca de las diferencias existentes entre el acto jurídico del derecho privado y el acto administrativo, sostiene:

“En el primero no existe como presupuesto, lo que constituye la esencia del segundo, es decir, el signo de la autoridad absoluta del Estado que exterioriza en el acto el ejercicio de una función administrativa. (...).

Además, el acto administrativo no se circunscribe a declaraciones exclusivas de la voluntad, sino que comprende para nosotros y opera los autores que dejamos citados en la nota 8, actos de certificación, de opinión y de juicio totalmente ajenos al derecho privado”. (p.14 y 15),

Ahora, para distinguir cuando se está en presencia de un acto administrativo se han planteado varios criterios.

Uno de ellos “el criterio de potestad pública”, orientado por la Escuela de Tolosa encabezada por Hauriou, quien indicaba que mediante estos la administración desarrollaba

prerrogativas exorbitantes de las que estaba investida para imponer el orden público y el interés general.

Otro de ellos correspondió al “criterio de servicio público”, liderado por Duguit, quien enseñaba que su ejercicio hallaba su razón de ser en la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado por cuenta del suministro de bienes y servicios (Morand-Deviller, 2017).

Sin perjuicio de lo dicho, hay quienes señalan que en cuanto hace al criterio de servicio público no siempre se hallará un acto de autoridad o de imperio, en tanto esto dependerá de si la prestación envuelve la satisfacción de un interés subjetivo que procure una utilidad específica, que no genérica, a determinados ciudadanos, circunstancia en la cual primará el enfoque del derecho privado (Alessi, 1970).

Por su parte, los llamados actos de gestión tenían cabida cuando la Administración actuaba en los mismos términos que los administrados. En este caso, a diferencia del primero, no se consideran actos administrativos.

En similar sentido, Sagayes (1974) afirma que al expedir actos de imperio la administración funge como autoridad y se impone coactivamente a los particulares, mientras que en los de gestión actúa observando las mismas reglas que los administrados guiadas por el derecho común.

Esta distinción entre actos de autoridad y actos de gestión o su equivalente actos civiles de la Administración continúa vigente en la doctrina extranjera y en la interna, ámbito en el que varios tratadistas se inclinan por considerar que en la defensa del interés general, que a su turno comporta el ejercicio de la función administrativa dirigida a la realización de los fines de seguridad y bienestar de la colectividad, la Administración no puede concurrir en pie de igualdad con los particulares (Penagos, 1994), por lo que su expresión debe condensarse en actos administrativos.

En esa misma línea, Molano (2005) sostiene que los actos administrativos de autoridad corresponden a estas prerrogativas que tiene la Administración, de las cuales carecen otros sujetos de derecho, que comportan la capacidad de imposición unilateral, aún contrariando la voluntad de los destinatarios de sus efectos. Para Forsthoff, (1958) “Lo único que cuenta como acto administrativo es el obrar soberano en ejercicio del poder público” p.281.

Seguido de esto, se tiene que la incidencia de establecer criterios de distinción para identificar la naturaleza de la decisión irradia de manera directa en el régimen jurídico que ha de informar la relación que de allí surja.

En efecto y a propósito del objetivo que convoca la creación de este documento, otra de las razones en que se finca la importancia de diferenciar los actos de imperio o autoridad y los actos de gestión consiste en las consecuencias que, en el derecho comparado, al que se acude como herramienta ilustrativa, se presentan en materia indemnizatoria, medios de impugnación y acciones judiciales a la hora de discernir sobre la presencia de una u otra figura. Así lo explicó Maurice Hauriou (1976) en la “Obra Escogida”, al advertir:

“Se ha llegado a dividir: los actos administrativos en actos de autoridad y en actos de gestión. Se ha notado también que, si la jurisprudencia ordena indemnizar por los perjuicios causados en la gestión administrativa, rehúsa hacerlo por aquellos que son consecuencia de actos de autoridad; de esta observación se ha concluido que existen dos formas de actividad administrativa, una que es la vía de autoridad, la otra que es la vía de gestión. Distinción tanto más interesante por cuanto el contencioso de anulación parece referido a los actos de autoridad, mientras que el de plena jurisdicción estaría reservado a los actos y las situaciones de gestión.

“(…).

“En principio, sorprende en esta consideración el que la vía de autoridad y la de gestión se repartan la acción administrativa; se ha pensado, por consiguiente, que bastaría con determinar directamente en qué consiste una de las dos vías, para que la otra se definiera por si misma a contrario. La vía de autoridad tiene algo fácilmente aprehensible. Se ha buscado en ella el punto de partida y se ha dicho: hay mando donde no hay gestión, cuando no hay mando hay gestión” (p. 132 y 132).

Otro sector académico, engloba dentro de la noción de actividad administrativa tanto a los actos dirigidos a la prestación de servicios públicos, como al despliegue del poder de policía, bajo la comprensión de que ambos se orientan a satisfacer los fines del Estado (Guechá, 2017).

ii) Como se anticipó en precedencia, el segundo de los aspectos llamados a destacarse se centra en la subordinación del acto administrativo frente al principio de legalidad.

Al respecto, Molano (2005) enseña que las potestades instrumentadas mediante actos administrativos no son concedidas por el legislador a la Administración de manera dúctil o sin restricción alguna; a *contrario sensu* por tratarse de prerrogativas especiales de las cuales no están dotados los particulares, su ejercicio se encuentra creado, sometido y limitado por y a la Ley. Y sobre este asunto añade:

“Por otro lado, el principio de legalidad se ha caracterizado en lo que se refiere al sujeto público, y, en concreto a la administración del Estado, en la teoría de la vinculación positiva que se rige por el principio según el cual, el poder público y sus titulares, los funcionarios públicos, solo pueden hacer aquello que para cada

caso les este expresamente permitido. Principio que se sustenta en el concepto de la competencia, justamente de las potestades específicas que se atribuyen a cada autoridad y, consiguientemente, se concretan en el marco delimitador de la actuación de cada sujeto público como un marco restringido en cuanto exige facultades expresas con total exclusión de poderes implícitos”. (p.48).

Es tan estrecho el vínculo que existe entre el acto administrativo y el principio de legalidad que uno de los atributos de los que aquel goza corresponde a la presunción de legalidad (Younes, 2016), premisa que halla un sustento jurídico constitucional en el mandato contenido en el artículo sexto de la Carta Política, a lo que corresponde sumarse que “la competencia para hacer declaraciones de voluntad que motiven situaciones jurídicas, emanan, pues, de aquel, principio fundamental de que toda función debe estar claramente determinada y atribuida a una entidad o funcionario para que sus actos sean jurídicamente válidos y por consiguiente obligatorios” (Castro, 1942, p.268).

Es así como el sometimiento a la ley se refleja en la existencia de una potestad específica otorgada para dictar este tipo de decisiones, la que de no existir redundaría en su invalidez (Ramón, 1978), y la cual no debe entenderse como una sujeción a las disposiciones formales dictadas por el Congreso de la República, en el sentido estricto del concepto, sino a su conformidad con todos aquellos cánones que hacen parte integral del ordenamiento jurídico y que sirven como asiento a la actuación administrativa (Barrachina, 1986).

A su turno, otro sector de la doctrina, aunque manteniendo la misma línea de pensamiento, considera que la sumisión de la Administración a la ley, como cristalización del principio de legalidad, no conlleva, sin más, a su subordinación de manera absoluta al derecho administrativo,



al punto que acepta que también puede estar sometida al derecho privado que rige las relaciones entre particulares, Penagos (1994).

En contraste, para los administrados su observancia al tiempo surge como garantía o tutela de sus derechos en defensa de un ejercicio arbitrario o deliberado del poder público (Cassese, 2014).

Varias conclusiones pueden extraerse de todo lo anotado en este capítulo en torno a las nociones del acto administrativo y a su estrecha relación con la función administrativa y el principio de legalidad, como elementos distintivos de la manifestación de la Administración que los diferencian de los actos civiles y mercantiles.

En primer lugar, y como aspecto transversal a todo a lo expuesto, es claro que la Administración manifiesta su voluntad de varias formas, entre ellas, por conducto de actos administrativos que indefectiblemente involucran el ejercicio del poder de autoridad o de imperio. Ello conduce a considerar que ese factor se erige como un elemento de su esencia, de tal suerte que sin él no existiría un acto administrativo, sino otra forma de manifestación de la voluntad de la Administración, como lo sería el acto de gestión civil o mercantil. Será pues el poder de autoridad, el criterio principal que funja como diferenciador entre una y otra forma de expresión de la voluntad.

Igualmente se sigue que la importancia de establecer si la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración comporta un verdadero acto administrativo radica en que de eso depende el régimen jurídico que informe la relación que de su expedición emane. En ese orden, si la manifestación expresada tiene los elementos esenciales de un acto administrativo el régimen

jurídico llamado a regular su origen, producción y efectos será el del derecho público; en defecto, podrá considerarse un acto de gestión en cuyo evento será el derecho privado el que lo module.

Por último y en cuanto concierne a este acápite, como expresión del principio de legalidad es el legislador el que otorga la facultad para expedir un acto administrativo, de manera que la decisión proferida fuera de ese marco adolecerá de una anomalía jurídica.

## **II. El acto administrativo, la función administrativa y principio de legalidad descendidos en el ámbito contractual del Estado**

Vistos los anteriores conceptos del acto administrativo y su inescindible vinculación con la función administrativa y el principio de legalidad desde un enfoque genérico, en el presente fragmento serán retomados en orden a descender su análisis de manera específica a lo que acontece respecto de su tratamiento en el ámbito de la contratación del Estado, en razón a que es en este escenario en donde surge con mayor vigor el conflicto respecto de su distinción con los actos civiles y mercantiles y del cual se desencadenan los efectos adversos para las partes del contrato por cuenta de su manejo pendular.

Para este propósito, se revisaran *ab initio* algunas posturas que sobre el particular existen en el derecho comparado, para luego concentrar su estudio en la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Como punto de partida se observa que en el derecho alemán, Forsthoff (1958) consideraba que la expedición de los actos administrativos abarcaba o podía producirse en todas las esferas de la actuación administrativa lo cual incluía la contractual, salvo en los negocios jurídicos sometidos

al régimen del derecho privado, en cuyo caso su ejercicio no tenía cabida, en tanto, siguiendo a Jenllinek (1931), esa manifestación del poder superior quebraba el estado de igualdad presente en los contratos regidos por las leyes de los particulares.

Con todo, otro gran exponente de la doctrina germana, Harmut Maurer (2012), estimó que la actuación negocial de la Administración que el dominaba “actividad administrativa de provisión” y “actividad empresarial de la administración”, podía estar sometida al derecho privado, campo en el cual, sin desconocer las condiciones de igualdad que imperan en los contratos, podrían incluso dictarse actos administrativos, en tanto algunos aspectos de esa relación obligacional se hallaban bajo la subordinación del derecho público, como por ejemplo los atinentes a los derechos fundamentales que podían verse afectados, a título ilustrativo, en los actos de adjudicación de los encargos públicos que atendieran a determinadas corrientes políticas.

Por su parte, el derecho francés de antaño identificó una estrecha relación entre servicio público y función administrativa, siendo esta la finalidad de aquel (Duguit, 1915) y es por vía de este vínculo que se explicó la actividad contractual estatal como expresión de la función administrativa (Lafarriére, 1887). Sin embargo, en tendencia posterior, al atemperarse al cambio de modelo de Estado por uno de corte liberal, en el que la Administración ya no solo actuaba como ente prestador de servicios, sino como agente activo en actividades empresariales e industriales tendientes a acrecentar la riqueza, se replanteó si la función administrativa en ese marco habría de ceñirse de manera exclusiva a la contratación dirigida a la prestación de servicios públicos o si podía extenderse a aquellas actividades ejercidas en el terreno de la libre competencia con los particulares.

Es de este cambio de paradigma del rol estatal de donde se derivó, por contera, que la Administración, en materia contractual, debiera desplegar su gestión a través de contratos

administrativos y a través de contratos de derecho privado, lo que de suyo la situaba en la posibilidad de “estar regida por el mismo derecho que los particulares, es decir, por el derecho privado” (Rivero, 2005, p.17), sin que ello aparejara la posición de autoridad y con ello la posibilidad de emitir actos administrativos.

Sin perjuicio de lo dicho, existen otros autores franceses quienes concluyen que las prerrogativas públicas son inherentes a la naturaleza administrativa del contrato a tal extremo “que no necesitan encontrarse por escrito. Se sobrentiende su existencia”. (Braconnier, 2017, p.403).

En cuanto al derecho español, debe indicarse que ha conservado rasgos similares a los señalados respecto del caso alemán y francés, en cuanto concibe que el acto administrativo constituye una expresión inequívoca de la función administrativa (García de Enterría, 2001) y que esta puede cristalizarse en la gestión contractual de la Administración Pública.

Así mismo, el sistema español se ha inspirado en el modelo francés al plantear una marcada división entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado de la administración, determinada en función del cometido misional que motiva su celebración y en la naturaleza del órgano perteneciente a la Administración Pública (Coscolluela, 2015). En el primer caso se planteó la discusión jurídica referente a la potestad de la Administración contratante para expedir actos administrativos en su dinámica negocial, la cual se solucionó por el legislador atendiendo a la etapa en la que se profería la decisión; en ese sentido, se dispuso que serían actos administrativos los dictados en la fase previa a la formación y celebración del contrato, tales como aquellos atinentes a su preparación y a su adjudicación y, por tanto, serían controvertibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el segundo caso, todas las decisiones proferidas en el marco de los contratos de derecho privado no tendrían connotación de actos administrativos y serían conocidos por la jurisdicción ordinaria.

A su turno, la doctrina argentina ha considerado mayoritariamente que la actividad contractual del Estado supone el ejercicio de la función administrativa (Escola,1977), sin dejar de advertir que las decisiones que se expiden en la órbita negocial de lo privado no corresponden a verdaderos actos administrativos (Marienhoff, 2003), reflexión que se cimienta en la adopción en su derecho interno del sistema francés y español comprensivo de la doble denominación de contratos administrativos y contratos privados de la administración. Según Berçaitz (1980), aún en el contrato administrativo en el que actúa en el terreno de lo público, “el Estado, al acceder al contrato, pierde, disminuye, modera la fuerza de sus prerrogativas al convenir condiciones, o al aceptar obligaciones que mal se avienen con aquella autoridad”. (p.14 y 15),

Entre el contrato público y el privado, para otros tratadistas de esa nacionalidad, existen factores de distinción adicionales al poder de autoridad, como el principio de la extensión de los efectos del contrato hacia terceros y la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente (Mosset, 2002).

Otro exponente del derecho argentino, Cassagne (2013), al referirse a la posibilidad de expedir actos administrativos en el seno de un contrato estatal ha sostenido que “Estas prerrogativas pueden provenir tanto del ordenamiento general, en cuyo caso constituyen verdaderas potestades, como del pliego de bases y condiciones que, “a posteriori”, pasa a integrar el contrato, pero también puede surgir del clausulado expreso del acuerdo de voluntades” (p.399).

Ahora bien, descendiendo al análisis del derecho colombiano y como se dejó sentado al inicio de este documento, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 se consagró una noción unificada de Contrato Estatal y se creó un régimen mixto de contratación, basado en la aplicación general del derecho privado, salvo en lo consagrado expresamente por el Estatuto de Contratación

Estatual (Pino, 2005), el cual se encargó de regular, entre otras cuestiones, el ejercicio de potestades o prerrogativas públicas de la Administración.

En efecto, la Ley 80 concedió a las entidades estatales facultades o potestades especiales, llamadas anteriormente exorbitantes en su predecesor Decreto-ley 222 y excepcionales en el estatuto vigente, tales como la declaratoria de caducidad administrativa, la interpretación unilateral, la modificación unilateral y terminación unilateral, dirigidas a lograr el cumplimiento del contrato celebrado y, con ello, la concreción del fin público que hubiere motivado su suscripción, decisiones que, en todo caso, cabe insistir que, según la misma ley, habrían de instrumentarse mediante la expedición de actos administrativos susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así pues, en punto a la anterior reflexión, es preciso señalar que la actividad contractual del Estado, por regla general y según un gran fragmento de la doctrina colombiana, como de la jurisprudencia del Consejo de Estado, comporta el ejercicio de función administrativa, que, como se advirtió, se materializa a través de la implementación de prerrogativas públicas que suponen el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria y que está llamada a verterse en actos administrativos (Berrocal, 2016).

Ahora, si bien la noción de acto administrativo que emerge como instrumento del ejercicio de esas prerrogativas en materia negocial de la Administración, como se verá en acápites subsiguientes, no presenta un criterio unificado para la jurisprudencia, ello no obsta para concluir, con apoyo en la doctrina interna, que la viabilidad de su expedición halla su origen en el despliegue de función administrativa, en cuyo mérito se sitúa a la Administración en un plano superior (Perilla, 2015).

En contraposición, hay otro sector de la academia nacional para el que, en el tráfico contractual, el Estado no actúa en condición de autoridad, en otras palabras, no ejerce su poder de imperio que desarrolla a través de la función administrativa y su tratamiento debe ser en igualdad de condiciones que su co-contratante particular, a excepción de todo lo concerniente al ejercicio de las exorbitancias, campo en el cual sí está investido de potestades que lo sitúan en el terreno privilegiado (Lamprea, 2007) y que se justifica en la disparidad de cometidos que concurren a su celebración, en donde el que está en cabeza del Estado apunta a la satisfacción del interés general y el que recae en el particular se identifica con la consecución de un lucro personal (Mutis y Quintero, 2000).

Así mismo, cabe advertir que la función administrativa, dentro de la cual, como se anotó, para algunos se encuentra la celebración de contratos, está subordinada al principio de legalidad en cuanto es la ley la que faculta la utilización de las prerrogativas excepcionales al derecho común (De Vivero, 2010) y que en el desarrollo de aquella, para algunos, se excluyen las actuaciones gobernadas por el derecho privado (Vidal, 2004).

Sentado lo anterior, emerge con claridad que la posibilidad de ejercer las prerrogativas públicas es uno de los rasgos diferenciadores entre el ámbito de lo público y lo privado del tráfico contractual estatal, dado que en el terreno del derecho común no existen prerrogativas de una parte frente a la otra o poderes unilaterales de imposición, en tanto en el vínculo subyace una situación de igualdad (Guechá, 2006).

En consonancia con lo advertido, se ha considerado que, como expresión del principio de legalidad, “toda prerrogativa del poder público reconocida a la administración contratante debe estar expresamente autorizada y prevista por la ley” (Benavides, 2010, p.369), en tanto estas prerrogativas se conciben como un instrumento para lograr las finalidades del Estado que son las

que motivan la celebración del acuerdo de voluntades (Benavides y Ospina 2012). Al paso, la legalidad alude al fundamento positivo y preexistente, procedente de una norma jurídica que faculta al ente público para la adopción de determinada decisión (Pombo, 2016).

Acerca del sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad en el marco del contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993 que comporta un régimen mixto, cuya regla general es la aplicación del derecho privado, la doctrina ha señalado que esta situación no está llamada a alterar la sujeción del Estado a este principio constitucional (Guechá, 2015).

Ahora bien, pasando a la noción unificada de Contrato Estatal que implantó la Ley 80 de 1993, cuyo rasgo principal, se insiste, corresponde al régimen jurídico mixto que lo rige, con lo cual se abandonó la marcada división del modelo franco-español entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado de la Administración, la doctrina ha explicado que la justificación de este cambio se halló en la nueva concepción de Estado competitivo que ofreció la Constitución de 1991 y que no hizo nada distinto a implementar una tendencia que en materia negocial se venía gestando en otros estados, con ocasión del cambio de modelo negocial (Palacio, 2002). Así lo evidencian Gallego y Menéndez (2001) en el siguiente apartado de su obra “Acto y Procedimiento Administrativo”.

“Conviene hacer referencia, en este contexto, a una idea que se ha repetido no pocas veces en las últimas y dejando de lado los matices, del siguiente modo: el principio de Estado democrático (art. 1.1. CE) y otros que se derivan de él, como el de la participación de los ciudadanos en la vida política, social y económica, art. 9.2. CE entre otros, hace aconsejable en convertir en positiva la tendencia de dar cada vez mas juego al contrato (con el nombre que quiera dársele: convenio, concierto, acuerdo, pacto) a costa de reducir los ámbitos de aplicación del acto administrativo



en la actuación administrativa. La Administración del Estado democrático estaría dispuesta a descender de su habitual posición supra ordenadora con respecto al ciudadano, para situarse en un plano de igualdad y pactar sobre cuestiones que conciernen a ambos. Esto sería un avance frente a la administración que ordena y manda al ciudadano a través de la figura emblemática de una actuación administrativa autoritaria que sería el acto administrativo. La idea viene envuelta en un cierto halo de modernidad y de prestigio”. (p.25).

De cara a este nuevo panorama se pretendió, según Dávila (2017) “acercar el contrato estatal al privado” (p. 523) y situar al ente público en un plano de igualdad frente al particular para materializar la libre competencia en las estrategias negociales, sin que esa gestión desconociera en todo caso los linderos del bien común y el interés general inmersos en la contratación del Estado (Palacio, 2002).

De acuerdo con un sector de la academia, aquella variación tuvo como fundamento que la teoría de la sustantividad que defendía la separación entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración no respondía a las necesidades dirigidas a satisfacer el interés general. Con todo, se ha estimado igualmente por algunos doctrinantes que si bien la autonomía del derecho administrativo en manera alguna puede desligarse de las figuras propias del derecho civil, no es menos cierto que en este nuevo régimen la Administración mantiene una personalidad jurídica única que implica que todas sus decisiones y manifestaciones de voluntad en materia negocial se expresen a través de actos administrativos, por virtud de la cláusula de competencia que establece el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Escobar, 1999).

Por oposición, otro fragmento de la doctrina ha considerado que el hecho de admitir que existe una cláusula general de competencia para emitir actos administrativos en materia contractual, sin consultar si existe la potestad legal conferida para esos precisos efectos desnaturaliza el régimen jurídico mixto que informa el contrato estatal. Tal cual se desprende de la censura elevada por Benavides (2010), frente a un pronunciamiento del Consejo de Estado:

“Sin lugar a dudas la calificación administrativa de un acto unilateral conlleva a las prerrogativas de decisión previa y ejecución de oficio del artículo 64 del CCA. Sin embargo, el Consejo de Estado no explica cómo otorga el carácter de acto administrativo a una sanción no prevista por la ley. En otras palabras, como lo señalaba el salvamento de voto a una sentencia que ratificó el razonamiento de los autos citados, estas prerrogativas son la consecuencia de la calificación del acto administrativo y no su causa. La concepción del alto tribunal parece entonces apoyarse en un poder general de la administración, en cuanto poder público, más cercano a la tradición francesa que al régimen contractual establecido en los textos, con lo que se desvirtúa la lógica del régimen jurídico mixto de los contratos estatales consagrada en el artículo 13 de la Ley 80, según el cual los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, ‘salvo en las materias particularmente previstas en esta ley’”. (p. 416 y 417).

Esta misma línea de pensamiento ha sido perfilada de tiempo atrás por un sector de la jurisprudencia del Consejo de Estado (Colombia, Consejo de Estado, 2001, aclaración de voto a Sentencia 13.598) que ha convenido acerca del peligro de concebir una cláusula de competencia general para expedir actos administrativos en materia contractual sin atender a las potestades antelada y expresamente conferidas por el legislador:

“Del texto transcrito se obedece que el Estado en su actividad contractual -pero también en la extracontractual- puede decidir unilateralmente, no solo sobre sus potestades sino también sobre sus derechos quedándole al contratista particular la carga de impugnar las decisiones administrativas. Si está conforme o entiende que lo lesionan. Se construye de esta manera una especie de competencia general para la expedición de actos administrativos, cualquiera fuese la esfera de actuación de la administración, con fundamento en el “privilegio de la decisión previa” que adquiere, por ese camino una dimensión tal que desvirtúa la institución contractual y desconoce la competencia legal.

“Es al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos que tiene operancia el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no al contrario de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley”.

Con base con esta última postura, se enfatiza la relevancia de tener presente que el régimen de contratación estatal se alimenta, por regla general de las normas del derecho civil y comercial, salvo en lo regulado expresamente en la Ley 80, circunstancia de capital importancia a la hora de desentrañar el carácter de las decisiones adoptadas en medio de la ejecución de un contrato estatal, pues, parte de la premisa de que, en observancia del principio de legalidad, sólo serán actos administrativos contractuales los que al tenor de las normas que regulen la materia reciban esa denominación, por lo que el resto, máxime cuando igualmente se expiden en la órbita de derecho común no participarán de esa naturaleza.

En punto a la naturaleza de las decisiones proferidas en el ámbito de los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, algunos autores enlistan como actos administrativos los que expresamente dispone esa complicación normativa (Guechá, 2015); en contraposición, consideran que no participan de esa naturaleza los que se ejercen en el ámbito del derecho privado (Berrocal, 2016, p.205).

De otro lado, todo lo advertido en lo atinente a la naturaleza de las decisiones proferidas, que en su mayoría se ha referido a lo que acontece con las decisiones proferidas en el marco de los contratos celebrados bajo la égida de la Ley 80 de 1993, está llamado a irradiar de la misma manera y con mayor vigor a los contratos celebrados por entidades públicas, cuya actividad contractual se encuentra exceptuada de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que se rigen por el derecho común o por normas especiales.

En efecto, en la dinámica de proliferación de los regímenes exceptuados del amparo de cobertura de la Ley 80 de 1993, al dotar a la Administración de las mismas herramientas contractuales brindadas a los particulares, se procuró facilitar la gestión relacionada con ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes en materias específicas asociadas a los servicios públicos domiciliarios, al sector financiero y bursátil y a las actividades industriales y comerciales, todas las cuales por encontrarse en un plano de libre competencia con el sector privado, demandan especial celeridad en su acometimiento (Jojoa, 2014). No obstante, para otro sector, la creación de estos regímenes exceptuados ha prohijado la deslegitimación del régimen general contenido en la Ley 80 de 1993 por cuenta de su conversión en un esquema lento, inoficioso e ineficaz para el tráfico negocial (Barreto, 2019).

Así, recapitulando lo anotado en este apartado en lo concerniente a la concepción del acto administrativo y a su estrecha relación con la función administrativa y con el principio de legalidad

y a como se ha irradiado su tratamiento en el ámbito de la contratación del Estado, es propio concluir que:

En el derecho comparado existen diversas posturas, la mayoría de ellas, obedecen a la concepción dual de los contratos celebrados por el Estado y apuntan a señalar que la expedición de actos administrativos será privativa de la esfera contractual gobernada por el derecho público.

En Colombia existen dos regímenes de contratación que disciplinan las entidades públicas. El primero es el contenido en el Estatuto de Contratación Estatal, correspondiente a un régimen mixto informado, por regla general, por normas mercantiles y civiles, a excepción de las materias expresamente reguladas por ese Estatuto, entre ellas, las asociadas a las prerrogativas públicas que se habrían de instrumentar a través de actos administrativos. Dentro de este grupo no solo deben entenderse aquellas consagradas en el artículo 14 de ese compendio, sino todas las demás prerrogativas que esa ley y su modificatoria Ley 1150 de 2007, que así lo dispongan (Coecha, 2016). El segundo régimen se extiende a las entidades cuya actividad negocial no se halla gobernado por la Ley 80, sino por normas del derecho privado o por normas especiales.

Para algunos, cuando la administración actúa en el terreno contractual de lo público se encuentra investida de su poder de autoridad o de imperio, inmerso en el ejercicio de la función administrativa, en cuya virtud puede expedir actos administrativos, eventualidad que, en todo caso, encuentra su respaldo en la facultad expresamente concedida por el legislador a la Administración para expedirlos; de lo contrario, en el ámbito negocial regulado por el derecho privado, las manifestaciones de su voluntad se cristalizaran en otro tipo de actos, como los actos jurídicos contractuales, emitidos en un plano de equivalencia prestacional, propios de la actividad negocial de los particulares.

Quienes defienden esa misma postura sostienen que respecto de las entidades gobernadas por la Ley 80, en las que impera un régimen mixto de contratación, el órgano público contratante podrá expedir actos administrativos, en los ámbitos y bajo las premisas que esa misma ley haya autorizado, por manera que en las cuestiones sometidas al derecho privado, la entidad estatal, no obstante estar regida por la Ley 80 actuará en un terreno de igualdad con el particular contractual, sin que pueda oponer su posición de imperio en todos los aspectos negociales, solo en aquellos que así lo haya permitido el estatuto de contratación.

En el caso de las entidades públicas exceptuadas de cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, en su actividad negocial actuaran como particular sin facultad de ejercer posición de autoridad pública o su poder de imperio, a través de la expedición de actos administración, salvo que exista alguna autorización de orden legal que confiera esa potestad para esos precisos propósitos.

Por oposición, para otro sector de la academia, al margen del régimen jurídico que informe el contrato estatal, todas las decisiones que emanen de la administración contratante tendrá la naturaleza de acto administrativo porque el mero ejercicio de la actividad negocial por sí solo comporta el ejercicio de la función administrativa.

Según esta vertiente no es necesario que exista una habilitación legal específica que faculte a la Administración para ejercer prerrogativas públicas en desarrollo del contrato estatal mediante la expedición de actos administrativos; basta con que lo dicte la Administración para entender que sus decisiones gozan de esa categoría.

### **III. Divergencias evidenciadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la naturaleza de las decisiones emanadas de las entidades contratantes estatales sometidas al régimen de contratación de Ley 80 de 1993**

Las anteriores divergencias en torno a la naturaleza de las decisiones de la entidad contratante, en punto a su identidad -o ausencia de esta- con el acto administrativo y a su vínculo directo con la función administrativa y el principio de legalidad, evidenciadas en los acápites que preceden, se han reflejado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, con el agravante de que es partir de su aplicación pendular en este escenario que se han generado efectos adversos a los usuarios de la administración de justicia en cuanto transgreden el tratamiento igualitario que debe dispensarse por el juez del contrato a las partes del negocio jurídico, ya sea de aquel sometido al imperio de la Ley 80 de 1993 o aquellos exceptuados de su aplicación .

Es por lo expuesto que en este apartado se advertirán las discrepancias presentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en torno a la naturaleza de las decisiones proferidas en el marco de la actividad contractual de las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993, con el propósito de indagar la problemática en cuanto atañe a las consecuencias que de allí se desprenden.

La importancia de esa distinción, según la misma jurisprudencia ha radicado precisamente en establecer cuál resulta ser la vía procesal idónea para controvertir los efectos derivados de esas decisiones, esto es, si cabría una pretensión anulatoria en su contra tras constatar su naturaleza de actos administrativos, únicos instrumentos pasibles de ser enjuiciados por la vía de la nulidad o si,

por el contrario, al no participar de esa naturaleza no son susceptibles de ser anulados y las secuelas nocivas que puedan desencadenar deban ser discutidas desde el ángulo de la responsabilidad contractual.

Sobre este aspecto cabe destacar que, en un primer momento, a raíz de la expedición de la Ley 80 de 1993, en el año siguiente a su promulgación, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo empezó a trazar una línea sólida para identificar la naturaleza de estas decisiones con fundamento en lo que acerca de ese mismo tópico planteaba el Estatuto de Contratación Estatal.

Así, se observa en la providencia del 1º de marzo de 1994, expediente 9118, en la que la Sección Tercera, ante la necesidad de delimitar el ámbito temporal dentro del cual se expedían decisiones de raigambre contractual, advirtió que, de conformidad con el artículo 77 del Estatuto de Contratación Estatal, la actividad negocial se cristalizaba a través de actos administrativos expedidos en ejercicio de función administrativa, los cuales eran enjuiciables a través de la acción contractual, con independencia de que fueran actos previos, concomitantes o posteriores a la celebración y ejecución del contrato estatal. Con todo, precisó que las excepciones que la ley contemplaba en torno a la imposibilidad de identificarlos con actos administrativos contractuales, no los despojaba de la naturaleza de administrativos; lo que implicaba era que el medio de impugnación no sería la acción contractual con pretensión de nulidad sino la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por ser previos a la suscripción del acuerdo, cuestión que impactada en su término de caducidad.

Tres años después, en providencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 9118, la jurisprudencia del Consejo de Estado moduló la postura que venía delineando en orden a reducir el concepto de actividad contractual y con ello el de actos administrativos contractuales, bajo la



comprensión de que solo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, serían controvertibles a través de la acción de controversias contractuales, mientras que los dictados antes de la celebración del contrato lo serían por el cauce de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En pronunciamiento de 2001, proferido dentro del exp. 13.347, las mismas directrices planteadas en torno a la posibilidad de identificar, de acuerdo con la vigencia del negocio jurídico, a los actos administrativos contractuales, se hicieron extensivas a las decisiones dictadas con posterioridad a su vencimiento, pero proferidos con ocasión de este, evento en el cual igualmente se advirtió que serían pasibles de ser controlados mediante la acción contractual.

Como se aprecia, la discusión hasta ese entonces se focalizaba en el espacio temporal respecto del cual debía entenderse ejercida la actividad contractual, a través de actos administrativos para efectos de determinar si la acción procedente tenía fuente o no en el contrato, pero se partía del hecho asentado de que, en cualquier caso, serían actos administrativos, ya fuera pre contractuales, contractuales o post contractuales, siempre que fueran expedidos en ejercicio de función administrativa.

Fue a partir del año 2005, en providencia dictada por la Sección Tercera dentro del expediente 13920, cuando se empezó a vislumbrar un mayor esfuerzo de la jurisprudencia por diferenciar la naturaleza que podía revestir una decisión de la Administración en el marco de un contrato estatal y, al efecto, distinguió entre i) actos administrativos caracterizados por el poder público y el ejercicio de la autoridad administrativa y ii) simples manifestaciones de voluntad exteriorizadas por la administración como parte del extremo contratante que no comportaba en sí el poder del Estado. Frente a estos últimos convino que no son susceptibles de control de legalidad

por la vía del análisis sobre su validez y que corresponde analizar sus efectos desde la órbita de la responsabilidad.

Sin embargo, pese a que, desde la expedición del Estatuto de Contratación Estatal condensando en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia marcó un horizonte claro y conciso frente a la naturaleza de las decisiones emitidas con ocasión de la actividad contractual bajo el entendimiento de que serían actos administrativos los expedidos en apoyo de función administrativa, se observa que en sentencias recientes esta consistencia ha perdido vigor y ha abierto la puerta a la existencia de decisiones contrapuestas sobre la misma materia como pasa a explicarse:

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 14 de octubre de 2015, exp. 32.800, se ocupó de analizar la naturaleza de una decisión mediante la cual la entidad se pronunciaba acerca de una reclamación económica por sobrecostos derivados del stand by de una obra, elevada por su contratista. En medio del litigio que dio como resultado la sentencia que se refiere, la entidad contratante demandada propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse pretendido la nulidad del acto contentivo de la negativa de la mencionada reclamación económica.

El argumento de la excepción propuesta apuntó a que:

“La demanda adolece de un defecto sustantivo impeditivo para abordar el asunto de fondo de la litis, pues al haberse presentado la reclamación para el restablecimiento del equilibrio contractual el 2 de enero de 2001, necesariamente la accionante debió, en cumplimiento del mandato consignado en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, individualizar el acto administrativo expreso o producto del silencio administrativo fuente del perjuicio”.

Al decidir el medio exceptivo formulado, el Alto Tribunal indicó que:

“Frente a lo anterior, observa la Sala que no resulta atendible la excepción formulada, en tanto ello comportaría, en último término, una restricción no prevista en la legislación para acceder a la administración de justicia, pues, en la lógica de la demandada, todo incumplimiento contractual o toda ruptura del equilibrio económico del contrato que le fuera puesta de presente a la administración pública implicaría la demanda del acto, expreso o tácito, a través del cual se adoptara una decisión; toda acción u omisión contractual tendría la virtualidad de ser considerada como un acto de la administración necesariamente identificable al momento de ejercer la acción de controversias contractuales y ante la falta de tal individualización resultaría negada la posibilidad de una solución sustancial al incumplimiento o al desequilibrio económico planteado.

“Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los actos administrativos producidos en la actividad contractual (imposición de multas, declaratoria de incumplimiento, terminación, liquidación, etc.) no deban ser identificados para efecto de su declaratoria de nulidad dentro de la acción regulada por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, pues en tales eventos resulta necesario el pronunciamiento específico del juez del contrato para que, de haber incurrido en causal de invalidez, declare la nulidad respectiva, haciendo desaparecer del mundo jurídico el acto respectivo y dando cabida a la reparación consecencial. En el caso sub judice no es posible exigir al demandante la identificación del acto pues, entre otros aspectos, éste no ha sido acreditado en el proceso y pretender exigir al

accionante adelantar el trámite establecido para efectos de la configuración del silencio administrativo positivo ante un posible silencio de la administración, desbordaría las cargas sustanciales y adjetivas que corresponden al sujeto activo de este trámite. Por lo que viene dicho, la excepción de inepta demanda será declarada impróspera”.

Como se aprecia, este pronunciamiento se edifica sobre la base de que la mencionada decisión, a través de la cual la entidad contratante negó una reclamación económica elevada por el contratista para que le restablecieran la ecuación financiera del contrato no constituye un acto administrativo susceptible de pretensión anulatoria. En atención a esta premisa, el órgano de cierre resolvió despachar desfavorablemente la excepción constitutiva de ineptitud de la demanda formulada por la entidad pública demandada.

Esta postura se mantuvo en lo sucesivo en varias providencias dictadas con posterioridad por la Sección Tercera, en las que, a pesar de no hacer referencia directa a la naturaleza de esas decisiones, sí se dejaba entrever, al percatarse de su existencia en la relación probatoria en que se sustentaban, que eran actos contractuales y que por no ostentar la condición de actos administrativos no demandaban que en su contra se impetrara una pretensión de nulidad dirigida a controvertir su legalidad.

Con todo, en reciente pronunciamiento, la misma Subsección, en un caso similar al referenciado en precedencia en el que se pretendía el restablecimiento del equilibrio económico, pero en el que, a diferencia del anterior, se elevó expresamente pretensión de nulidad frente a una decisión del ente contratante en la que negó reclamación sustentada en el desbalance financiero acaecido durante la ejecución de la obra contratada, consideró que la decisión en comento sí participaba de la naturaleza de acto administrativo por reunir los elementos de su esencia y

procedió a dictar fallo de fondo estructurado en el reproche a la legalidad de ese acto, por la causal de falsa motivación. Esta fue la reflexión que el Alto Tribunal puso de presente sobre la naturaleza de esa decisión en pronunciamiento del 12 de diciembre de 2019, exp. 60.558:

“Es relevante poner de presente que tanto la demandante como la demandada coincidieron en indicar que la decisión en comento participaba de la naturaleza de acto administrativo, al punto de que en la demanda se pretendió su nulidad, se invocaron causales de invalidez en su contra y en la contestación se desplegó la defensa partiendo de la base de que esa era la naturaleza de esa decisión y ejerció su oposición de fondo frente a las causales de nulidad que se le enrostraban a la decisión impugnada.

“Se suma a lo anterior, que el Tribunal de primera instancia compartió el mismo entendimiento en torno a la naturaleza de la decisión cuestionada y bajo esa lógica procedió a decidir de fondo el asunto en el sentido de declarar su nulidad por falsa motivación.

“En adición, se advierte que ninguno de los argumentos de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de primer grado se dirigió a censurar la naturaleza de la decisión atacada, en tanto se centraron en debatir los efectos económicos adversos que de allí se derivaron para cada de los extremos del contrato No. 57 de 2004.

“Al respecto, la Sala considera que de la forma y contenido de la decisión en comento se pueden desprender los elementos característicos de un acto administrativo, máxime cuando ese fue el tratamiento que frente al particular le dieron las partes.

“(…).

“En lo que atañe a este punto, la Sala estima pertinente recordar que con independencia del rótulo o denominación que se le otorgue, la decisión de la Administración adquirirá el carácter de acto administrativo definitivo siempre que entrañe los siguientes elementos:

- Manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad,
- Expedida en ejercicio de una función administrativa, y
- Que produzca efectos dirigidos a crear, modificar o extinguir una situación jurídica de carácter general o particular.

“Se observa que, en el caso concreto, el IDU, en el marco del contrato de obra No. 57 de 2004, en cuyo desarrollo se hallaba envuelta la función administrativa dirigida a la satisfacción del interés general, a través de la decisión contenida en el documento No. IDU-123896 STCC-6500 del 24 de junio de 2008 exteriorizó la manifestación de su voluntad de no reconocer las aspiraciones económicas pretendidas por el extremo contratista, decisión que produjo efectos jurídicos, en tanto contuvo una negativa relacionada con el reconocimiento parcial de los valores adeudados como consecuencia de la ejecución de la obra”.

Al respecto, y a propósito de la temática de la decisión sobre la cual recayó el examen abordado en los pronunciamientos que se citan, resulta pertinente puntualizar que, aun cuando la Ley 80 de 1993, en varias de sus disposiciones, reguló el instituto del equilibrio económico del contrato como un derecho en cabeza de ambas partes, orientado a mantener la simetría del contrato en caso de que por circunstancias sobrevinientes se alteraran de manera grave las condiciones económicas existentes al tiempo de su celebración, así como su función hermenéutica para corregir los desbalances prestacionales presentados durante la ejecución del negocio jurídico, lo cierto es

que, si bien tal regulación se incorporó en el Estatuto de Contratación de Estatal, el deber de su observancia no puede interpretarse como una prerrogativa de la que esté investida privativamente la Administración Pública dirigida a conservar el sinalagma negocial, que pueda ejercer a través de su poder imperio y de la que, por contera, carezcan los particulares en sus relaciones obligacionales trazadas en un plano de igualdad.

No puede perderse de vista que el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato no constituye un fenómeno propio del derecho público, en tanto su génesis y la necesidad de adaptación del acuerdo (Chamie, 2013) se encuentra en los principios de equidad y justicia conmutativa (Benítez, 2010) y que, por vía de principio, debe estar presente en todo vínculo negocial con independencia del régimen jurídico que lo nutra. Tal cual se desprende del mandato contenido en el artículo 868 del Código de Comercio que impone la revisión del contrato cuando sobrevengan circunstancias extraordinarias e imprevisibles que afecten la ejecución de la prestación y la conviertan en excesivamente onerosa.

Esta misma comprensión fue prolijada por el Consejo de Estado, (2013), en Sentencia 31431, al sostener

“Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias

disposiciones del aludido derecho privado, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales...”.

Así pues, emerge con claridad que las respuestas que brinde la entidad frente a las reclamaciones relacionadas con un eventual desequilibrio económico no se expiden en ejercicio de su posición de autoridad pública, en tanto bien puede ocurrir que la misma situación se presente entre particulares, quienes, apelando a la autonomía de su voluntad pueden disponer de los mecanismos de reajuste de precios y materializarlos, sin que ello sitúe al otro en un plano negocial superior.

Aclarado lo anterior, se aprecia cómo, a partir de las referidas providencias citadas, frente a un mismo supuesto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha brindado un tratamiento ambivalente que genera una inseguridad jurídica en desmedro de los usuarios de la administración de justicia.

Ello se explica en la medida en que surge de bulto cómo en el primer caso no se le impuso la carga al demandante de enjuiciar la nulidad de la decisión contentiva de la negativa al reconocimiento de la reclamación económica, en tanto la interpretación dispensada en ese pronunciamiento consistió en que no se trataba de un verdadero acto administrativo y en la que, con base en esa hipótesis, por contera se despachó desfavorablemente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por la entidad demandada que consideraba que sí se había debido demandar esa decisión por ser un acto administrativo; mientras que lo opuesto aconteció en el segundo caso aludido en el que, si no se hubiera elevado la pretensión de nulidad contra la negativa a la reclamación económica, luego de considerarlo acto administrativo, como en efecto se consideró, la consecuencia procesal habría derivado necesariamente en un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda al no haber integrado la pretensión anulatoria.



Lo expuesto deja en evidencia cómo un mismo supuesto puede tomar injustificadamente un rumbo procesal distinto respecto de un caso análogo fallado en precedencia, situación que, a no dudarlo, obedece a la ausencia de certeza que la jurisprudencia patrocina frente a la verdadera naturaleza de esas decisiones.

Como síntesis de lo anotado en este apartado puede concluirse que:

A pesar que de que, desde la promulgación de la Ley 80 de 1993 y en adelante, existió un largo período en el que imperó una línea pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado que respondía a que la naturaleza de las decisiones emitidas por las entidades públicas sometidas al Estatuto de Contratación Estatal sería la de actos administrativos siempre que fueran expedidos en ejercicio de función administrativa y hallaran apoyo en la misma ley de contratación, lo cierto es que el panorama actual muestra la efectiva y real existencia de divergencias, en torno a la naturaleza de las decisiones proferidas en el marco de la actividad contractual de esos organismos oficiales.

Lo dicho comporta, consecuentemente, una verdadera afectación al tratamiento igualitario de los usuarios de la administración de justicia cuando acuden en procura de la solución de sus conflictos de stirpe contractual.

Surge con nitidez que, en materia de la actividad contractual de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, el tratamiento dispar de la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la naturaleza de las decisiones que en el tráfico negocial profieren las entidades estatales contratantes ha desencadenado una inestabilidad jurídica a la hora de escoger las pretensiones que deben formularse para hacer valer las reclamaciones que tengan origen en ellas y el cauce procesal acertado.

En algunos pronunciamientos ha apadrinado la tesis de que no todas las decisiones proferidas por las entidades estatales participan de la naturaleza de actos administrativos, pues tal denominación se reserva a aquellas que el mismo Estatuto así las catalogue. En esos casos, ha estimado que no es procedente solicitar que se declare su nulidad y ha sostenido que el análisis de los efectos de allí derivados merece abordarse desde la órbita de la responsabilidad contractual, evento en el cual corresponderá elevarse la pretensión de declaratoria de incumplimiento o de responsabilidad contractual.

En contraposición a lo anterior, últimamente el máximo órgano de lo contencioso administrativo ha sostenido que las decisiones proferidas en el marco del contrato estatal gobernado por la Ley 80, al margen de que no sean dictadas en ejercicio de las prerrogativas especiales cuya implementación fue directamente autorizada por el legislador, sí se identifican con actos administrativos, trayendo como consecuencia que los efectos que de ahí se generan deban ser controvertidos por la vía de la pretensión de nulidad del acto.

Así pues, emerge claramente que al no ofrecer la jurisprudencia un criterio claro y sustentado en razones jurídicas para identificar la naturaleza de las decisiones del ente contratante se transgrede el derecho de los usuarios de la administración, por cuanto, al acudir en búsqueda de una solución de los conflictos originados en el desarrollo del negocio jurídico, no se les brinda una solución uniforme frente a supuestos análogos, sin que exista desde el punto vista jurídico y procesal una justificación válida para ese tratamiento disímil.

**IV. Divergencias halladas en la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al tratamiento de las decisiones de las entidades públicas contratantes cuya actividad negocial se encuentra exceptuada de la aplicación de la Ley 80 de 1993**

Siguiendo con la secuencia del punto anterior, algo similar al tratamiento oscilante dispensado por la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo a la naturaleza de las decisiones emanadas del ente contratante acontece en el ámbito de la actividad negocial de las personas jurídicas de derecho público exceptuadas de aplicación de la Ley 80, en donde los efectos desfavorables de ese trato se advierten, incluso, de manera más acentuada y sin obedecer a una lógica argumentativa que sustente esa distinción, como se observará en la siguiente línea jurisprudencial que a continuación se traza:

En un inicio, la jurisprudencia del Consejo de Estado, atendiendo a un criterio legislativo, advirtió que la naturaleza de las decisiones de las entidades exceptuadas del Estatuto de Contratación Estatal, específicamente de las empresas prestadoras de servicios públicos gobernadas por la Ley 142 de 1994, se correspondía por regla general con actos privados, salvo los enunciados en el primer inciso del artículo del 154 de esa ley, acerto que con ocasión de una controversia suscitada en el escenario de la actividad contractual quedó condensado en el auto dictado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo S-701 de 23 de septiembre de 1997.

En la etapa subsiguiente, a partir de 2005, la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo reveló una tendencia inclinada a considerar que, sin perjuicio de que el régimen jurídico que sometiera la gestión negocial de algunas entidades públicas fuera el privado, ello no se oponía a que los actos proferidos en ese escenario tuvieran la condición de actos

administrativos y, por tanto, fueran susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así lo mostraron las disquisiciones realizadas en la sentencia de 20 de abril de 2005 exp. 14519; fallo del 13 de abril de 2011 exp. 37.423; sentencia de 9 de octubre de 2013, exp. 30763 y en la providencia de 12 de febrero de 2014, exp. 28209, en las que se acotó que, en todo caso, su actividad era el reflejo de la función administrativa que habilitaba a las entidades con régimen de contratación especial para que dictaran actos administrativos.

En el período posterior, desde 2015 se abandonó la tendencia mayoritaria que venía imperando y a partir de entonces se dio inicio a una nueva fase marcada por un manejo pendular, el cual se evidenció con mayor vigor en el terreno de las decisiones por las cuales la entidad estatal contratante ha decidido no prorrogar un contrato, ámbito en el que la Sección Tercera ha adoptado distintas providencias contradictorias:

Al respecto se observa que, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2015, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dictada dentro de la acción contractual No. 35.213, promovida por Caprecom contra el municipio de Solano, con el fin de que se declarara la nulidad de una decisión por la cual el ente territorial decidió no prorrogar el contrato de aseguramiento de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud No. 215, negocio sometido al régimen del derecho privado, consideró que la decisión acusada de ilegalidad no revestía la naturaleza de acto administrativo.

El sustrato principal de esa decisión estribó en considerar que, atendiendo a que el acto administrativo no se hallaba definido por su forma sino por su contenido, debía atenderse a que la decisión de no prorrogar un contrato comportaba el ejercicio de la autonomía de la voluntad que no de una prerrogativa pública que implicara el desarrollo de una función administrativa, tesis que

coincide con la doctrina privatista que sostiene que la prórroga no comporta una unilateralidad que sitúe a un extremo contratante en posición superior (Rengifo, 2017).

Al año siguiente, esa misma Subsección en fallo proferido el 29 de agosto de 2016, dentro de una acción contractual radicada bajo el No. 34097, impetrada por Caprecom contra el municipio de Quibdó, en procura de la nulidad de una decisión por la cual el municipio decidió no prorrogar el contrato de aseguramiento de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud No. 285, contrario a lo considerado en el fallo anterior, decidió que la decisión impugnada sí participaba de la naturaleza de un verdadero acto administrativo y, en mérito de ello, procedió a resolver de fondo la pretensión de nulidad elevada en su contra.

Esta última postura, en cuanto concibió que la decisión de no prórroga adoptada por los entes territoriales en el marco de los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado se identificaba con la de un acto administrativo, fue reiterada por la Subsección B y por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallos dictados el 3 de agosto de 2017 en el expediente No. 36.026 y el 30 de agosto del mismo año en el proceso No. 47.082, respectivamente.

El razonamiento que, de manera transversal, se expuso en esas providencias radicó en que se trataba de una decisión unilateral emanada de la autoridad pública tendiente a producir efectos jurídicos.

Como se observa, frente a una misma materia las sentencias de Consejo de Estado, al pronunciarse sobre idéntica decisión, ha fluctuado entre dos vertientes opuestas acerca de la naturaleza de la decisión de no prórroga de un contrato.

De manera paralela, aunque frente a una materia distinta a la tratada en las sentencias anteriores, en providencia de 24 de octubre de 2016, la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 45.607, se ocupó de resolver una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que

se invocó la nulidad de un acto de adjudicación de un contrato de gestión comercial expedido por Empresas Públicas de Neiva, es decir, dictado en la etapa precontractual. En esa ocasión se analizó si la naturaleza de la decisión de adjudicar el contrato, emitida por una entidad estatal sometida a derecho privado era un acto administrativo o si era un acto civil o mercantil, al cabo de lo cual concluyó que participaba de aquella condición -administrativo-, con independencia del régimen jurídico que informara la etapa de formación y ejecución del contrato.

Sobre el particular precisó que “el hecho de que una actividad se rija por un ordenamiento jurídico u otro –público o privado- no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido”.

Como corolario sostuvo que se estaba en presencia de un acto administrativo en el evento de que se presentaran los siguientes elementos: 1) dictado por una entidad estatal; 2) en ejercicio de una función administrativa; 3) que defina una situación jurídica y 4) que produzca efectos jurídicos.

Como se observa, en esta providencia no se profundizó acerca de si la entidad pública sometida al régimen jurídico de derecho privado tenía habilitación legal para expedir ese tipo de decisiones, a lo que se suma que dio por sentado el ejercicio de la función administrativa como elemento ínsito a la actividad negocial del Estado, al margen de que estuviera informada por el derecho privado y sometida a las reglas de los particulares.

En oposición a la línea que se venía trazando, en sentencia proferida por el Consejo de Estado, 19 de junio de 2019, dentro del expediente 39.800, en la que resolvió una acción de controversias contractuales impetrada con el fin de que se declarara la nulidad de una resolución, mediante la cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal terminó unilateralmente un

contrato de obra, la cual no fue ejercida con fundamento en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 – porque no le aplicaba por tratarse de una entidad exceptuada de aplicación del Estatuto General de Contratación-, sino por el pacto expreso de las partes sobre su ejercicio en caso de incumplimiento, y la nulidad del acto por el cual se declaró la ocurrencia del siniestro, el Consejo de Estado accedió a su declaratoria de nulidad, con sustento en la falta de competencia de la empresa de servicios públicos para proferir esa decisión.

Como fundamento de su decisión consideró que su ejercicio se originó, no en una habilitación legal, por demás inexistente en estos supuestos, -se reitera no se dio con soporte en la inclusión de las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80-, sino en el pacto emanado de la libre voluntad de las partes en caso de incumplimiento, pacto que resultaba perfectamente válido entre particulares y que se extendía a los eventos en que la administración actuaba en calidad de sujeto de derecho privado pero que no se traducía en la expedición de un acto administrativo.

Planteado ese contexto, estimó que las empresas de servicios públicos, salvo los casos de expresa habilitación legal consignados en la Ley 142, no podían emitir actos administrativos, por cuanto no concretaban una actuación adelantada en ejercicio de función administrativa, a través del ejercicio legítimo del poder; con base en esa premisa concluyó que esas decisiones eran actos privados en tanto su actuación contractual se hallaba informada por este mismo régimen.

Con todo, advirtió que comoquiera que la empresa de servicios públicos acudió al ropaje de “*resolución*” para adoptar la decisión acusada y la dotó de las características formales de un acto administrativo, debía entenderse entonces, para no despojarlo de control judicial, que el acto enjuiciado participaba de dicha naturaleza y que, en todo caso, al ser proferido sin habilitación legal adolecía del vicio de falta de competencia y así lo declaró.

Esto último, contravino el pronunciamiento emitido en línea similar , por la Subsección C de la Sección Tercera de esa misma Corporación, en el que respecto de las decisiones emitidas al interior de un contrato estatal sometido a régimen exceptuado de cobertura de la Ley 80 de 1993, sostuvo que ostentarían la condición de actos administrativos siempre que existiera previsión legal expresa que así lo estableciera; de lo contrario su naturaleza correspondería a la de actos jurídicos contractuales que si bien, al no ser administrativos, no resultan pasibles de ser anulados, sí podían dar lugar a analizar las consecuencias que de los mismos se derivan desde la óptica de la responsabilidad contractual. (Consejo de Estado, 2017, Sentencia 57394).

En sentido semejante, aunque con notables variables, mediante decisión del 5 de julio de 2018, dentro del expediente 54.688, la Subsección A de la Sección Tercera el Consejo de Estado, se pronunció en relación con la pretensión de nulidad de una resolución por la cual Empresas Públicas de Medellín declaró el incumplimiento de un contrato de suministro y afectó la póliza de garantía. En esa oportunidad resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Al efecto, advirtió que el contrato se rigió por el derecho privado y que ni ese texto contractual ni la Ley 142 de 1994 eran fuente de competencia para dictar un acto administrativo orientado a declarar la concreción del riesgo de incumplimiento y a disponer la efectividad de la póliza de seguro, tampoco halló que ese origen procediera del artículo 68 del CCA ni de la Ley 489 de 1998.

Aclaró que, sin perjuicio de lo anterior, desde la perspectiva del derecho común que gobernó el referido contrato de suministro, con apoyo en las disposiciones del Código de Comercio aplicables al contrato de seguro otorgado para amparar el cumplimiento contractual, resultaba viable concluir que sí existió capacidad jurídica de la entidad beneficiaria para hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento, pero no a través de un acto administrativo porque carecía de



competencia para expedirlo, sino por la vía de la reclamación elevada como cualquier sujeto de derecho privado.

Al razonar su decisión explicó que la configuración del riesgo de incumplimiento no podría constituirse a través de un acto unilateral de la entidad asegurada, debido a que, ante la ausencia de disposición legal específica, la definición sobre la concreción del riesgo no podía depender de su voluntad unilateral.

Como se percibe, en esta postura se analizó el contenido de la decisión más que la forma de la misma y se consideró que, no obstante denominarse acto, no se podía soslayar el hecho de que no existía competencia para expedirlo; por contera, concluyó que no se trataba de un acto administrativo pese a ser ese el entendimiento de las partes al expedirlo y al elevar la pretensión de nulidad en su contra. Con base en ello, decidió el asunto desde la aplicación de las normas que sobre la reclamación establece el Código de Comercio.

Es claro que, según esta postura, se sienta la premisa de que, al no haber competencia legal para expedir el acto, la decisión resulta inexistente más no nula; recuérdese que solo es posible de anularse lo que existe. Como consecuencia, no declaró su nulidad y analizó el asunto desde la concepción de que se trataba de un acto jurídico de naturaleza mercantil.

En resumen, de lo anotado hasta ahora se vislumbra que la inexistencia de un criterio jurisprudencial unificado que oriente la naturaleza de los actos emanados de las entidades públicas exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 en desarrollo de su actividad contractual genera consecuencias perjudiciales para las partes del contrato que acuden a la jurisdicción y que se concretan en la falta de definición del mecanismo procesal que corresponde ejercer para darle solución a la controversia originada en el tráfico negocial.

Así, para un sector de la jurisprudencia todas las decisiones expedidas en ese contexto serán actos administrativos, en tanto, al margen del régimen jurídico que los gobierne, al comportar la actividad contractual, considerada en su generalidad, el ejercicio de la función administrativa, todas sus decisiones negociales participarán de la naturaleza de actos administrativos, de donde se revela que, en realidad, existe una cláusula general de competencia prevista para ese propósito y la consecuencia lógica de esta postura será que deban demandarse dichas decisiones a través de la pretensión de nulidad al margen de su contenido material. Al no hacerlo, tal omisión traerá consigo la ineptitud de la demanda por indebida integración de la pretensión anulatoria.

Hay otro fragmento que considera que las mencionadas decisiones no son actos administrativos y que es el régimen jurídico de derecho privado el que determina que no lo sean; sin embargo, las razones para llegar a esa conclusión y la solución procesal para definir el camino a seguir ante esa circunstancia son dispares.

Para unos, es su contenido lo que determina su naturaleza y para otros es la forma y el ropaje que los recubre lo que da lugar a considerarlos como tal. En este último evento, a pesar de que no exista habilitación legal para expedirlos, si las partes los revistieron de tal condición deben considerarse actos administrativos. Lo que en otras palabras sería tanto como entender que es la voluntad de las partes lo que da origen a la naturaleza de acto administrativo y a la posibilidad de anularlo y no lo que sobre el particular hubiera previsto el legislador. En esa medida la pretensión de nulidad en su contra sería facultativa y quedaría al arbitrio de si las partes le dieron o no la definición de acto administrativo.

Otro sector de la jurisprudencia, pero dentro del mismo grupo de los que considera que no son actos administrativos estima que al no existir habilitación legal, noción que identifica con competencia y que materializa el principio de legalidad, no pueden considerarse como tal, por

manera que los efectos que de allí se derivan habrán de examinarse del mismo modo que los actos jurídicos civiles o mercantiles de los particulares, es decir, desde la órbita de la responsabilidad contractual y no de la nulidad de la decisión.

Con todo en esta postura, no se analizan las consecuencias que esa consideración acarrea en torno a la pretensión de nulidad del supuesto acto administrativo, esto es, si prospera por falta de competencia o si al no entenderlo como tal, lo que se impone es declarar su inexistencia, cuestión que haría nugatoria la pretensión de nulidad, bajo el entendido de que aquella no produce efectos, mientras que esta los produce hasta su declaratoria de nulidad (Diez, 1961).

El panorama que se ha decantado refleja una pluralidad de alternativas que convergen frente a la cuestión de la naturaleza de las decisiones de las entidades contratantes exceptuadas de aplicación de Ley 80 de 1993 que necesariamente están llamadas a impactar el cauce para solucionar los conflictos originados en ellas, dado que al no estar determinado con precisión por la jurisprudencia, finalmente vienen siendo los actores del contrato estatal quienes sufran las consecuencias de esa imprecisión al tener que afrontar decisiones algunas veces opuestas frente a casos idénticos.

## Conclusiones

La exposición del contexto doctrinal y jurisprudencial que se ha dejado sentada a lo largo de este documento permiten dar una respuesta afirmativa al interrogante planteado a su inicio, toda vez que, según ha quedado visto, la ausencia de una posición uniforme en el mundo jurídico encaminada a determinar cuál es la naturaleza de las decisiones que las entidades estatales adoptan con ocasión de la actividad negocial del Estado, esto es, si corresponde a la de actos administrativos o a la de actos jurídicos civiles o mercantiles, genera un impacto negativo e inequitativo frente a los efectos que de allí se desprenden para las partes del contrato.

Ello obedece a que el máximo órgano nacional juzgador de las controversias contractuales, en lo concerniente a un mismo tópico, ha dispensado un tratamiento heterogéneo y pendular que durante la última década ha puesto en riesgo la seguridad y estabilidad jurídica de la actividad negocial que vincula al Estado con los particulares, lo cual, además de generar un desmedro al debido proceso a instancia administrativa, ha desencadenado una transgresión al derecho del acceso a la administración de justicia de los usuarios en condiciones igualitarias, en cuanto los despoja de la certeza acerca del medio de control procedente para enjuiciar las decisiones proferidas por la entidad estatal contratante en el marco de la dinámica convencional.

Para arribar a la anterior conclusión y con el propósito de escudriñar cuál era la génesis de esa problemática, se partió de analizar, si, desde un ángulo genérico nutrido por la doctrina foránea y nacional, existían nociones claras y homogéneas del acto administrativo que ofrecieran elementos distintivos de la manifestación de la Administración y desde cuya óptica fuera posible diferenciarlos de los actos civiles y mercantiles, al cabo de lo cual se logró determinar que existía un criterio pacífico y mayoritario que apuntaba a señalar que: i) la función administrativa

constituye un elemento de la esencia del acto administrativo y ante su ausencia este no existiría, sino que acogería otra forma de manifestación de la voluntad de la administración, como lo sería el acto de gestión civil o mercantil, y ii) es el legislador el que otorga la facultad para expedir un acto administrativo, de manera que la decisión proferida fuera de ese marco adolecerá de una irregularidad llamada a afectar su validez e, incluso, su existencia. Hasta ahí, el panorama aparentemente no presentaba mayor inconveniente a la hora de identificar la presencia de un acto administrativo y otro tipo de manifestación de la Administración distinta a aquel.

Sin embargo, el verdadero foco del problema se evidenció a continuación en el segundo capítulo, al abordar el examen concerniente a la concepción doctrinal en el derecho comparado y en la doctrina y jurisprudencia nacional de las mismas nociones examinadas en precedencia, pero esta vez descendidas al ámbito de la contratación del Estado. Fue en este terreno en el que se advirtió que el escenario aparentemente pacífico que existe sobre estos conceptos a nivel general, no sigue la misma suerte en relación con la homogeneidad de criterios para su distinción en la actividad negocial del Estado y aumenta su grado de dificultad de cara al hecho de que en Colombia existen dos regímenes de contratación: uno regido por la Ley 80 de 1993 que, a su turno comporta una normativa mixta, y otro que se exceptúa de aplicación del Estatuto de Contratación Estatal.

Fue en desarrollo del anterior análisis del cual emergió que el punto medular en esa discusión conceptual se centra en que para algunos doctrinantes la actividad contractual *per se* entraña el ejercicio de la función administrativa, con independencia del régimen jurídico que informe la relación negocial, por lo que en este ámbito todas las decisiones de las entidades contratantes, exista o no habilitación legal específica, deben considerarse actos administrativos, mientras que para otros la función administrativa no está presente en todas las órbitas de la gestión

contractual del Estado, sino solo en aquéllas en que la Administración se desenvuelva bajo un régimen de derecho público y solo así sus decisiones adquirirán la naturaleza de actos administrativos, por lo demás deben considerarse actos jurídicos mercantiles o civiles.

Ante los anteriores hallazgos, en el capítulo siguiente se puso de presente cómo las divergencias en torno a la naturaleza de las decisiones de las entidades contratantes se han reflejado de manera directa y palmaria en las providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado, en el marco de los litigios originados en la actividad contractual de la Administración Pública en los que son parte las entidades públicas gobernadas por el Estatuto de Contratación Estatal, con lo cual se han generado impactos nocivos para las partes del contrato que acuden a la jurisdicción en procura de la resolución de sus controversias convencionales y que se concretan en la inestabilidad jurídica frente a la escogencia de las pretensiones que deben formularse para hacer valer las reclamaciones que tengan origen en esas decisiones y al mecanismo procesal correspondiente para atacarlas.

En el contexto planteado, se observó que la jurisprudencia, en veces, ha considerado que no todas las decisiones proferidas por la Administración participan de la naturaleza de actos administrativos y solo lo harán aquellas que el Estatuto así lo establezca. En otras providencias, en las que se pronuncia frente a idéntico supuesto fáctico, ha concluido que las decisiones proferidas en el marco del contrato estatal gobernado por la Ley 80 sí se identifican con actos administrativos, no obstante que no se trata de prerrogativas especiales atribuidas al órgano público por esa normativa.

Como resultado de lo anterior, se evidenciaron de manera palmaria los efectos nocivos que ese tratamiento oscilante desencadena para las partes del contrato estatal, en razón a que:

El Consejo de Estado ha estimado en algunas ocasiones que, al no ser actos administrativos, no son pasibles de ser enjuiciados a través de la pretensión de nulidad, lo que ha impactado el rumbo del proceso en detrimento de los intereses de la entidad pública accionada al declarar infundados los medios exceptivos de su defensa estructurados sobre la ineptitud sustantiva de la demanda por no haber pretendido la nulidad de esa decisión.

*A contrario sensu*, en otras oportunidades, a pesar de ser casos análogos y sin ofrecer argumentos que justifiquen la variación, ha admitido que ese tipo de decisiones, no obstante no estar reconocidas como tal en la Ley 80, gozan de la estirpe de actos administrativos, de tal suerte que el administrado sí tiene la carga de impugnarlos a través del cauce de la pretensión anulatoria, ya que de no hacerlo, eventualmente la excepción alusiva a la ineptitud sustantiva de la demanda, por no haber procedido en esa dirección, sí tendría vocación de prosperidad.

Por último, el cuarto capítulo de este documento se destinó a traer a flote la problemática similar que surge de la ausencia de un criterio unificado en torno a las decisiones emanadas de las entidades públicas exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 en desarrollo de su actividad contractual, esfera en la que, incluso, se ha presentado mayor disparidad que en el anterior escenario en relación con el tema que nos convoca, habida consideración de que la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de manera casi que simultánea ha fluctuado entre:

i) Estimar que todas las decisiones expedidas por el órgano contratante serán actos administrativos, por cuanto la actividad contractual, al margen de su régimen jurídico, comporta el ejercicio de la función administrativa y, en consecuencia, deberán demandarse a través de la pretensión de nulidad so pena declarar la ineptitud de la demanda; ii) considerar que será el régimen jurídico de la relación obligacional el que determine la naturaleza de la decisión del ente

contratante, frente a lo cual tampoco existe uniformidad porque en este caso para unos, es su contenido lo que determina su naturaleza y para otros es la forma y el ropaje que lo recubre, lo que da lugar a entender que son las partes las que lo dotan de esa categoría y no lo que, en expresión del principio de legalidad, determine el ordenamiento sobre el particular, obteniendo como resultado que en ninguno de estos eventos se precise un factor diferenciador entre la suerte que debe seguir el proceso judicial cuando se pretende la nulidad de una decisión que no goza del raigambre de acto administrativo; hasta iii) admitir que no son actos administrativos por no existir habilitación legal que faculte a la entidad para expedirlos, caso en el cual habrán de examinarse del mismo modo que los actos jurídicos civiles o mercantiles de los particulares, es decir, desde la órbita de la responsabilidad contractual y no de la nulidad de la decisión, sin que en este evento se establezca tampoco la suerte de la pretensión anulatoria y el efecto que ello trae sobre la demanda en forma.



## Bibliografía

- Alessi, R, (1970), *Instituciones de derecho Administrativo -Tomo II*. Barcelona: Casa editorial Bosch.
- Barrachina, J, (1986), *Compendio de derecho administrativo*. Barcelona: Promociones, Publicaciones Universitarias PPU.
- Barreto, A. (2019), *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Legis.
- Benavides, J, (2010), *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado.
- Benítez, J, (2010), *La revisión del contrato*. Bogotá: Editorial Temis
- Berçaitz, M, (1980), *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Berrocal, L, (2009), *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Berrocal, L, (2016), *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Braconnier, S, (2017), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado.
- Castro, J, (1942), *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería Siglo XX.
- Cassagne, J, (2013), *Tratado general de los contratos públicos-Tomo I*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Cassese, S, (2014), *Derecho administrativo: historia y futuro*. Sevilla. Edit. Derecho Global:
- Cohecha, C, (2016), *Teoría general del contrato estatal y régimen de declaratoria de siniestro*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Cosculluela, L, (2015), *Manual de derecho administrativo*. Pamplona: Editorial Civitas.
- Chamie, J, (2013), *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*. Bogotá: Universidad Externado.
- Dávila, L, (2017), *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Legis.

- De Vivero, F, (2010), *Reforma a la contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Diez, M, (1961), *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipografía editora Argentina S.A.
- Duguit, L, (1915), *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Librería Española y Extranjera.
- Escobar, R, (1999), *Teoría general de los contratos de la administración*. Bogotá: Editorial Legis.
- Escola, J, (1977), *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Forsthoff, E, (1958), *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Forsthoff, E, (1973), *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*. München: neubearb. Aufl.
- Gallego, A. Menéndez, A (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- García de Enterría, E, (2001), *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Gascón y Marín, J, (1929), *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Imprenta clásica española.
- Guechá, C, (2015), *Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Guechá, A, (2017), *Análisis de los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá. Editorial Ibáñez.
- Hariou, M, (1892), *Precis de droit administratif et de droit public*.1. Paris: Larose et Forcel.
- Hauriou, M, (1976), *Obra escogida*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Jojoa, A, (2014), *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Jellinek, W, (1931), *Verwaltungsrecht*. Berlín – Heidelberg: Hrsg.Kohlrausch, Eduard, Kaskel, Walter, Spiethoff.

- Laferrière, É, (1887), “Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux”, Paris: Berger-Levrault, Libraires-Éditeurs.
- Lamprea, P, (2007), *Contratos estatales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Marienhoff, M, (2003), *Tratado de derecho administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Maurer, H, (2012), *Derecho Administrativo Alemán*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mayer, O, (1982), *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Molano, M, (2005), *Transformación de la función administrativa*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
- Morand- Deviller, J, (2017), *Derecho administrativo*. Bogotá. Universidad Externado.
- Mutis, A. Quintero, A, (2000), *La contratación estatal: análisis y perspectivas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Penagos, G, (1994), *Derecho administrativo. Tomo I*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional.
- Pino, J, (2005), *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado.
- Ramon, A, (1978), *Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado del Derecho- Curso Internacional el derecho administrativo en América Latina*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rengifo, E, (2017), *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Bogotá: Editorial Legis.
- Rivero, J, (2005), *Derecho administrativo*. Caracas: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Sayagués, E, (1974), *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Edita Anita A. de Sayagués Laso.
- Vidal, J. (2004), *Derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Legis.
- Younes, D, (2016), *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.

## Artículos

- Benavides, J y Ospina A. (2012). La justificación de los recursos administrativos. *Revista Derecho de Estado* (29), 73-105.
- Guecha, C. (2006). Falacias de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinión Jurídica*, 5(10), 33-47.
- Mosset, J. (2002). La difusa frontera entre lo privado y lo público. *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales. Universidad Nacional del Litoral*, (2), 31-40.
- Palacio, M. (2002). Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho Público*, 14(31),19-33.
- Perilla, J.f. (2015). El acto Administrativo como expresión de la función administrativa. *In Vestigium Ire*. 9(1), 175-183.
- Pombo, R. (2016). Atacando el dogma de la no conciliación de la legalidad de los actos administrativos y la aprobación judicial. *Revista del Instituto de Derecho Colombiano de Derecho Procesal*, (44), 173-195.
- Recaredo, f (1929) El acto administrativo. Madrid. Revista de derecho privado. Serie B. Volumen XII

## Jurisprudencia consultada

- Consejo de Estado. (12 de febrero de 2014). Sentencia 28.209.
- Consejo de Estado. (15 de octubre de 2015). Sentencia 35.213.
- Consejo de Estado. (29 de agosto de 2016). Sentencia 34.907.
- Consejo de Estado. (3 de agosto de 2017). Sentencia 36.026.
- Consejo de Estado. (30 de agosto de 2017). Sentencia 47.082.
- Consejo de Estado. (14 de septiembre de 2017). Sentencia 48.108.
- Consejo de Estado. (10 de noviembre de 2005). Sentencia 13.920.
- Consejo de Estado. (27 de noviembre de 2013). Sentencia 31431.
- Consejo de Estado. (10 de marzo de 2005). Sentencia 14.853.
- Consejo de Estado. (12 de febrero de 2014). Sentencia 28.209

Consejo de Estado. (14 de octubre de 2015). Sentencia 32.800  
Consejo de Estado. (12 de diciembre de 2019). Sentencia 60.558  
Consejo de Estado. (24 de octubre de 2016). Sentencia 45.607  
Consejo de Estado. (19 de junio de 2019). Sentencia 39.800  
Consejo de Estado. (4 de julio de 2018). Sentencia 54.688  
Consejo de Estado. (14 de septiembre de 2016). Sentencia 50.907  
Consejo de Estado. (8 de noviembre de 2016). Sentencia 51.192  
Consejo de Estado. (13 de noviembre de 2018). Sentencia 55.230  
Consejo de Estado. (25 de julio de 2019). Sentencia 51.772

## **Aproximaciones para solucionar la problemática existente en torno a la naturaleza de las decisiones adoptadas por la administración contratante en el marco de un contrato estatal**

### **Introducción**

En oportunidad anterior se emprendió un análisis dirigido a poner en evidencia, desde una óptica doctrinal y jurisprudencial, cómo la ausencia de una posición uniforme en el mundo jurídico encaminada a determinar cuál es la naturaleza de las decisiones que las entidades estatales adoptan en el marco de su dinámica contractual ha desencadenado un impacto perjudicial e inequitativo de cara a los efectos que ello genera para las partes del negocio jurídico.

Ello acontece en razón a que las controversias originadas en el contenido de las decisiones emanadas de las entidades públicas contratantes, adoptadas en el seno del consenso estatal, han tenido un tratamiento pendular y dispar por parte del juez del contrato que causa incertidumbre en relación con el instrumento procesal procedente para enjuiciarlas.

La ausencia de certeza frente al tópico en cuestión, el que, valga recordar, ha permeado transversalmente los contratos sometidos al imperio de la Ley 80 de 1993 y también los exceptuados de su cobertura, ha sido prolijada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y ha oscilado entre considerar que: i) no todas las decisiones proferidas por la Administración contratante participan de la naturaleza de actos administrativos y solo lo hacen aquellas respecto de las cuales la ley así lo establezca; ii) todas las decisiones proferidas por la autoridad contratante son actos administrativos, en razón a que la actividad contractual del Estado comporta el ejercicio de función de administrativa que se cristaliza a través de la expedición de ese tipo de actos; o, iii) las decisiones proferidas por el órgano público contratante serán actos administrativos siempre que

el régimen jurídico que informa el contrato sea el de derecho público; en defecto, al disciplinarse por el derecho privado, las decisiones adoptadas en ese escenario serán actos jurídicos civiles o mercantiles.

Consecuencialmente, los efectos que tal ambigüedad acarrea en el rumbo de las reclamaciones de las partes del contrato que se ven afectadas con las decisiones adoptadas por la entidad contratante con ocasión del negocio jurídico se ha traducido en que se determine por la instancia judicial, en unos casos, que la respectiva decisión es pasible de la pretensión de nulidad por ser un acto administrativo, por lo que, de no invocarse la solicitud anulatoria, tal omisión puede devenir en la ineptitud sustantiva de la demanda y en la imposibilidad de estudiar el fondo de su petitum; mientras que, en otros tantos, no obstante tratarse del mismo tipo de decisión, en supuestos análogos ha estimado que no es susceptible de ser sometida a juicio de legalidad, correspondiendo en ese evento abordar el estudio de sus efectos desde la órbita de la responsabilidad contractual como si se tratase de un acto jurídico privado de naturaleza civil o mercantil, casos en los que, de haberse impetrado la pretensión de nulidad, a veces ha procedido a declararla con los efectos de restablecimiento que ello conlleva, y en otros tantos no ha definido la suerte de la misma y se ha adentrado a interpretar la demanda a la luz de la responsabilidad contractual.

El desconocimiento y la inseguridad jurídica que la anterior situación ha provocado para la parte contratante afectada con ese tipo de determinaciones frente al instrumento procedente para lograr el restablecimiento de los efectos nocivos que de allí se pueden producir frente a sus intereses negociales o, por el contrario, para defenderlos en caso de ser la entidad contratante la que promueva la controversia, convoca la redacción del presente documento, el cual tiene como objetivo central brindar herramientas jurídicas que permitan aproximarse a una solución en relación con la problemática planteada y, conservando esa orientación, se dirige a establecer ¿cómo

se determina la verdadera naturaleza de las decisiones que las entidades estatales adoptan en el marco de su dinámica contractual?.

Para ello (i) se empezará por establecer cuáles son los elementos de la esencia y/o existencia y de la validez del acto administrativo; ii) a renglón seguido, se centrará en el análisis de la función administrativa como elemento de la esencia del acto administrativo; iii) seguidamente, se abordará el estudio acerca de la diferencia que se presenta entre la función administrativa como elemento de la esencia del acto administrativo y la competencia como elemento de su validez y, finalmente iv) se planteará cuál es la incidencia práctica de la identificación de la naturaleza de la decisión proferida por la entidad contratante al interior del negocio jurídico.

Esta investigación se emprenderá atendiendo a un enfoque cualitativo, desde el estudio jurídico de instituciones, tales como los elementos de la esencia y validez del acto administrativo, para luego avanzar en el examen de la función administrativa como requisito de su existencia y de la competencia como factor de su validez, en orden a hallar los puntos en común entre esas dos figuras así como sus diferencias y, a partir de la revisión doctrinal existente sobre la materia como de la ejemplificación jurisprudencial de casos concretos que se presentan en la contratación estatal nacional, poder desentrañar las herramientas para cumplir el propósito trazado en este escrito

En ese sentido, se acudirá a una orientación teórico- jurídica mediante la exploración de la doctrina y jurisprudencia interna que se ha ocupado de inquirir sobre el contenido y alcance de los institutos jurídicos a los que se hizo anterior mención.

Así mismo, se adoptará un carácter descriptivo, a través de la valoración documental nutrida por los textos de la doctrina local y extranjera que abordan el objeto de estudio y la revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en tanto ambos instrumentos fungirán como la fuente para obtener los elementos jurídicos pertinentes en orden a brindar una solución a la problemática



que se afronta en punto a la identificación de la naturaleza de las decisiones proferidas por el ente contratante con ocasión y en desarrollo del contrato estatal.

## **I. Elementos de la esencia y de la validez del acto administrativo**

El propósito de este capítulo se centra en escudriñar los elementos de la esencia y/o existencia y de la validez del acto administrativo como un instrumento básico y punto de partida en el camino a distinguir cuál es la naturaleza de las decisiones que emiten las entidades estatales en desarrollo de sus contratos, con la aclaración de que este análisis se concentrará exclusivamente en esos aspectos y no se extenderá a indagar acerca de sus atributos, clases o características.

Tampoco se focalizará su estudio en su eficacia, entendida como la vocación que tiene el acto de producir efectos jurídicos a su destinatario gracias a su publicidad, porque la problemática que aquí se plantea resolver no abarca ese aspecto al no presentar mayor dificultad en la doctrina y en la jurisprudencia.

Así pues, el sendero para distinguir la naturaleza, o mejor, para establecer si una decisión constituye o no un acto administrativo, solo puede hallarse si se reúnen los elementos de su existencia, no de su validez. Los que conciernan a esta última serán útiles para responder si el acto es legal o nulo, mas no si existe.

Dicho esto, se advierte de entrada que la necesidad de determinar cuáles son los elementos de la esencia o existencia y de la validez de los actos administrativos y de diferenciarlos no es caprichosa. Al contrario, su pertinencia se halla en que los efectos que en uno y otro caso se presentan derivan consecuencias diferentes, ya sea porque se configure su inexistencia o su nulidad.

El surgimiento de estas figuras en el universo jurídico se remonta al derecho romano, en el que se trataron como a una misma, integrada en el acto *nullum* concebido como aquél que carecía de efectos por contrariar las normas imperantes, sin que fuera necesaria una declaratoria en ese sentido; bastaba con desecharlo o ignorarlo (Coing, 1966).

Con todo, a inicios del siglo XX, esto último fue reevaluado y, en su lugar, se tornó imperiosa la declaratoria de nulidad por el estamento judicial (Japiot, 1909), a diferencia de la inexistencia que, para algunos, podría operar ipso iure (Rodríguez, 2004), como más adelante se profundizará.

Cabe precisar *ab initio* que los actos administrativos pueden concebirse como una especie del género del acto jurídico, en tanto este “es toda manifestación de voluntad que tiene por objeto producir un efecto jurídico” (Mazeaud, H,LJ. 1962, p.47). De este género también se deriva la categoría particular de los contratos (Savatier, 1979), cuyo efecto propende por la creación de derechos y obligaciones (Claro solar, 1978).

Así pues, es de importancia precisar que, como ocurre respecto de las figuras que disciplinan el nacimiento de los contratos, acudiendo a una analogía iuris (Errera, 2016), en los actos administrativos también resulta acertado, desde el punto de vista jurídico, referirse a la convergencia de elementos de su esencia o existencia y de su validez (Baraona, 2007).

Cabe recordar al respecto, y en aras a erigirlo como un parangón de relevancia, que, dentro del escenario de los contratos, los elementos de su esencia se definen con arreglo a los dictados del artículo 1501 del Código Civil, como “aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”. A su turno, el artículo 898 del Código de Comercio enseña que “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades

sustanciales que la ley exija para su formación en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

Siguiendo ese orden, surge que la ausencia de los requisitos esenciales de un contrato conducirá a su inexistencia, a la ausencia de producción de efectos jurídicos o, como, enseñaba el maestro Hinestrosa “queda reducido al plano puramente social, desprovisto de juridicidad” (Hinestrosa, F, 1999, P.147).

Por su parte, los requisitos de validez del contrato se edifican sobre la base de su previa existencia o nacimiento a la vida jurídica y se dirigen a sancionar que en su celebración hubiera concurrido un vicio taxativamente previsto por el legislador con la virtualidad de producir su nulidad. El Código Civil se ocupó de enlistarlos en sus artículos 1502 y 1741 y *grosso modo* se concretan en poseer capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto lícito, causa lícita y en observar las formalidades para su valor, según la clase de acto o contrato.

Mutatis mutandis, en el plano del acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre en la esfera del contrato, no existe una regulación específica que apunte a definir cuáles son los elementos de su esencia, cuestión que ha llevado a que sean la jurisprudencia y la doctrina las que se ocupen de plantear varias hipótesis sobre el particular y a diferenciarlos de los elementos de validez (De Laubadere, 1956).

Frente a estos últimos, valga recordar, los de validez, según un sector de la doctrina son aquellos que procuran la conformidad del acto administrativo con el orden jurídico (Sánchez, 2004) y sin cuyo acatamiento “el acto nacería a la vida jurídica pero viciado en su legalidad con problemas que la doctrina califica como invalidantes” (Santofimio, J, 2007, p.322).

También, se ha sostenido que su causa como elemento de validez, no es otra que la satisfacción del interés público (Bielsa, 1964), al tiempo con lo cual, en México, por ejemplo, se ha creído que dentro de esos elementos subsiste aquel relacionado con el mérito, con la precisión de que se asocia a que el acto debe ser expedido en términos de oportunidad y conveniencia (Martínez, 2007).

Por su parte, los elementos esenciales del acto administrativo, para algunos autores, se identifican con su forma, su motivación, su contenido, su finalidad y la competencia de la autoridad de la que emanan, aspectos que son regulados por el legislador, a lo que suman que las anomalías presentadas en la formación de esos elementos dan lugar a la declaratoria de nulidad y, por contera, a la invalidez del acto (Ramon, 1978).

Para otros, los elementos de su esencia radican en su ejecutoriedad, que no es nada distinto a la posibilidad que tiene la Administración de hacer valer por sí sola y ante sí los efectos derivados de su decisión, y la presunción de su legitimidad, en tanto se trata de factores que los diferencian y están ausentes en los actos civiles del derecho privado (Diez, 1961) o estriban en el hecho de que su expedición se efectúa dentro de un régimen jurídico exorbitante (Comadira, 2004).

Según Ortega (2018) existirá acto administrativo cuando se halle “una decisión en ejercicio de funciones administrativas que produce una situación jurídica” (Ortega, L, 2018, p.15), lo cual descarta el elemento de la manifestación de voluntad tras hallar dificultades al deslindar la voluntad de la Administración de aquella que emana del fuero interno del servidor público.

Al comentar la posición que, acerca de la inexistencia en materia de contratos, adoptó la Corte Suprema de Justicia en providencia de 1943, Riascos (2001) estimó viable hacerla extensiva al ámbito del acto administrativo:

“La Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia de 15 de septiembre de 1943, Sala de Casación Civil consideró inoficioso hablar de la inexistencia de los actos, negocios o

contratos puesto que el ordenamiento jurídico no dedica tratamiento especial ni general a dicho fenómeno jurídico que ha sido objeto de discusión más doctrinal que jurisprudencial. En efecto, la Corte al analizar el fenómeno de la inexistencia aplicado al tema de la contratación o de derecho común, ha explicado que la inexistencia del contrato o negocio jurídico, solo cabe tratarla desde el punto de vista del fenómeno jurídico de la nulidad que si tiene regulación normativa en el derecho colombiano a la par que el fenómeno de la inexistencia no tiene expresa normativización y por consiguiente no tiene autonomía ni independencia sino es analizada desde la órbita de la nulidad...”.

“(…).

“La Corte, por estas consideraciones descarta la existencia del fenómeno del contrato en el ámbito del derecho civil, pero perfectamente aplicable, al derecho administrativo, no solo al ámbito de la contratación estatal (que no solamente administrativa por disposición de la Ley 80 de 1993), sino al tema de los actos o negocios jurídicos en general, dentro de los cuales se ubica a los “actos administrativos”. Aquí bien cabe trasladar los conceptos de las Corte, al tema de los actos administrativos porque hay identidad de materia jurídica, conceptual y funcional de un mismo fenómeno jurídico: la inexistencia. Bien podríamos decir que existe una analogía iuris perfectamente trasladable”. (P. 219).

Ese mismo autor, al referirse a la línea de pensamiento del Consejo de Estado, sentada en decisión de 1970 sobre un asunto similar, advirtió:

“En efecto, el C.E., comienza reconociendo que la noción de la inexistencia es confusa y que solo ha llegado a discutirse porque ha sido la jurisprudencia mundial la que la ha puesto en evidencia al estudiar los elementos de la existencia o inexistencia del acto administrativo. En ese orden de ideas expresa que el sujeto, el objeto y la forma son

elementos indispensables para la existencia del acto si falta uno de estos elementos esenciales trae conjuntamente “la ausencia del mismo acto”. En estas eventualidades bien se puede decir que “el acto no ha nacido, precisamente por la falta de los elementos esenciales”.

“Situación distinta es la que se plantea -dice el C.E.- cuando se presentan vicios o defectos de forma, pues en estos casos el ‘acto habría nacido aunque afectado por un vicio, que podría dar lugar a su invalidez. La nulidad es un concepto jurídico, resulta de un obstáculo legal. La inexistencia deriva de un impedimento que está en la naturaleza misma de las cosas. Puede existir un acto al que le falta el elemento constitutivo y en este es absolutamente ineficaz y se considera que en ningún momento tiene vigencia”’. (P.221).

En pronunciamientos más reciente, el Consejo de Estado (Colombia, Consejo de Estado, 2013, Sentencia 31.431) profundizó sobre el tema y, luego de analizar uno a uno los elementos de la esencia del acto administrativo, señaló que:

“...el acto de la Administración adquirirá el carácter de acto administrativo siempre que el mismo entrañe los siguientes elementos:

- Manifestación unilateral de voluntad de la Administración;
- Expedida en ejercicio de una función administrativa;
- Que cree, modifique o extinga una situación jurídica de carácter general o particular,  
y
- Que produzca efectos jurídicos vinculantes para la Administración y su (s) destinatario (s).

En esa oportunidad advirtió que el acto que se acusaba de nulidad no podía considerarse un acto administrativo en cuanto carecía de uno de los elementos esenciales que lo conformaban

y que consistía en haber sido expedido en ejercicio de función administrativa. En ese sentido discurrió;

“...de ahí que ninguna decisión o manifestación de la voluntad emanada de la entidad que tuviera directa relación con los contratos por ella celebrados dentro y con ocasión del procedimiento liquidatorio puede entenderse expedida en ejercicio de función administrativa y por esa precisa razón no podía constituir un acto administrativo.

Y concluyó:

“Todo lo expuesto impone concluir acerca de la imposibilidad de proferir una decisión de fondo respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria Judicial de nulidad de las Resoluciones Nos. 151 y 152 de 2001, puesto que no se trata de actos administrativos y por tanto no están sujetos al control jurisdiccional.

Esta postura, en torno a los elementos de la esencia del acto administrativo, fue reiterada en decisión del 24 de octubre de 2016, sentencia 45.607 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Con todo, en esa providencia, a diferencia a lo acontecido en la que antecede, la Alta Corporación procedió a declarar la nulidad del acto acusado, no obstante consentir que era inexistente.

Como se aprecia, hay posiciones divididas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia frente a los elementos de la esencia del acto administrativo como frente al hecho de si su ausencia acarrea la inexistencia del acto o su invalidez y nulidad.

En unos casos, se ha considerado que guardan identidad los unos con los otros, es decir, que no hay diferencia, al punto de esgrimir que su ausencia deviene en la nulidad del acto, tras encontrar inoficioso, siquiera, hablar de su inexistencia por no ser una figura expresamente regulada por el legislador.

En otros casos, se ha advertido que los elementos de la esencia del acto administrativo son ciertamente los que los distinguen de otro tipo de actos jurídicos, como sería el caso de los actos civiles, tesis que permite colegir que, a falta de alguno, no existiría acto administrativo.

Teniendo en consideración que uno de los objetivos fijados en este artículo corresponde al hallazgo de herramientas para deslindar los elementos de la esencia o de la existencia de aquéllos de la validez del acto administrativo, resultaría viable considerar que la respuesta a esta disyuntiva se halla a la luz del mismo ordenamiento jurídico.

No hay discusión frente al hecho de que es el legislador el que determina las causales de nulidad del acto administrativo, las cuales son taxativas y de aplicación restrictiva, premisa que de suyo impide hacer extensivo ese remedio a supuestos de hecho que no se encuentran allí inmersos.

A partir de la revisión de esas causales, resultaría posible extraer los elementos de su validez, por cuya transgresión se configuraría su nulidad y que, en síntesis, procuran su sujeción al ordenamiento jurídico (Sánchez, 2004).

Así pues, se tiene que, con arreglo al artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la nulidad de los actos administrativos procederá cuando: i) hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, ii) sin competencia, iii) en forma irregular, iv) con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, v) mediante falsa motivación, vi) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

De la lectura de este canon se puede, entonces, identificar como elementos de validez del acto administrativo los siguientes: i) la sujeción a las normas que le sirvan de sustento; ii) la competencia del órgano o funcionario que lo profiere; iii) la subordinación al debido proceso en



su expedición -en esta se encuentra envuelta la expedición con observancia de las formas del procedimiento y del derecho de audiencia y de defensa-; iv) la causa y v) la finalidad, todo lo cual debe enmarcarse dentro del orden jurídico en cuyo contexto se profiere.

La irregularidad o anomalía que guarde identidad con alguno de los elementos acabados de mencionar y que se presente en la formación del acto no se opondrá a su nacimiento a la vida jurídica como si a su validez y, consecuentemente, aparejará su nulidad, la cual necesariamente debe ser declarada por el órgano judicial competente (Soto, 1988).

Siguiendo ese entendimiento, se tiene que si hay otra condición o elemento que no converge dentro del anterior listado, pero cuya presencia en la formación del acto es fundamental, al extremo de que sin ella el acto no podría concebirse como tal, sino como otro instrumento de manifestación de la voluntad de la Administración, entonces podríamos estar en presencia de una condición o elemento de su esencia, en defecto del cual el acto administrativo sería inexistente.

Dicho esto, para los fines de este artículo, se consideran, entonces, como elementos de la esencia del acto administrativo los enunciados por la jurisprudencia más reciente y reiterada del Consejo de Estado, circunstancia que se justifica, más allá de la legitimidad del órgano jurisdiccional que así lo estima, en que, en criterio de la suscrita, sin la convergencia de uno de ellos no habría un acto administrativo o, a lo sumo, se degeneraría en otro tipo de manifestación de la Administración. A continuación, se enlistan: i) manifestación unilateral de voluntad de la Administración; ii) dictada en ejercicio de una función administrativa, iii) dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica de carácter general o particular.

Se excepciona de este listado la “producción de efectos jurídicos vinculantes para la Administración como frente a su destinatario”, en la medida en que, lejos de asemejarse a un elemento de la esencia, en realidad, constituye un atributo o propiedad del acto.

Ahora bien, como se anticipó, la necesidad de determinar cuándo se está en presencia de unos y otros elementos estriba en las consecuencias que en ambos casos se irradian.

En ese contexto, la ausencia de un elemento de la esencia repercutirá en el surgimiento del acto a la vida jurídica, de tal suerte que, ante la falta de alguno de ellos, el acto se reputará inexistente y sin vocación de producir efectos jurídicos, sin perjuicio de así corresponda declararse por la jurisdicción competente.

Por su parte, la anomalía en los elementos de validez llevará a la nulidad del acto, declaratoria que deberá encauzarse en algunas de las causales taxativamente previstas en la ley y que puede efectuarse de forma absoluta o parcial en función del alcance del vicio configurado; su declaratoria es de competencia exclusiva de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual procede a petición de parte, quien deberá invocar la pretensión de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según corresponda, y una vez removido del orden jurídico, da lugar al restablecimiento del derecho que se vio truncado como consecuencia de esa decisión.

Así pues, recapitulando lo expuesto en este apartado es de concluir que aun cuando existen posiciones disímiles en orden a definir los elementos de la esencia y de la validez del acto administrativo, así como frente al hecho de si su ausencia produce inexistencia o invalidez, es claro que, con apego al orden jurídico, pueden establecerse los elementos de la validez del acto, al punto de que aquellos que no se asocian con esas condiciones pero sin los cuales el acto no existiría o degeneraría en otro de tipo de instrumento jurídico, serán de su esencia.

La irregularidad en la formación de los primeros, a saber: i) la sujeción a las normas que le sirvan de sustento; ii) la competencia del órgano o funcionario que lo profiere; iii) la subordinación al debido proceso en su expedición; iv) la causa y v) la finalidad conducirá a la nulidad del acto por la configuración de los vicios taxativamente previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y abrirá la puerta al restablecimiento del derecho que se hubiera visto conculcado con su causación.

La falta de los segundos, esto es: i) de la manifestación unilateral de voluntad de la Administración; ii) dictada en ejercicio de una función administrativa, iii) dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica de carácter general o particular, desencadenará en la inexistencia del acto administrativo, lo que, a su turno, comportará la ausencia de producción de efectos, la que en todo caso habrá de requerir declaratoria judicial.

## **II. La función administrativa como elemento de la existencia del acto administrativo**

Como se ha dejado visto en precedencia, uno de los elementos de la esencia del acto administrativo corresponde a que su expedición se encuentre apoyada en el ejercicio de la función administrativa.

Dicho esto, en este acápite se profundizará específicamente sobre esa condición, y no sobre las demás, en tanto es precisamente en relación con ese aspecto en el que radica el punto álgido de discusión acerca de la problemática a la hora de establecer cuál es naturaleza de las decisiones proferidas por las entidades estatales en desarrollo de sus acuerdos negociales.

De inicio, frente a este tópico debe enfatizarse que, si se tiene en consideración que uno de los elementos de la esencia del acto administrativo es el ejercicio de la función administrativa, ello traduce en que, por oposición, no todas las manifestaciones de la Administración se expiden en ese plano, cuestión que abre el interrogante de cuál es la génesis de que la Administración ejerza función administrativa.

Antes de dar una respuesta a ese planteamiento, es imperioso referirse, de entrada, a la noción de la función administrativa.

Algunos sostienen que la definición de función administrativa, desde un ángulo material, no es algo distinto al privilegio de que goza la Administración para imponer sus decisiones de

forma obligatoria, lo cual se equipara a la producción de actos administrativos (Gallego, A. Menéndez, A, 2001) Un esbozo de este planteamiento puede también extraerse de Mayer cuando sostiene que es “una manifestación especial del poder público” (Mayer,1982, p.126).

Para otros, es la gestión que engloba las actividades del Estado, encaminadas a preservar la seguridad, progreso y bienestar de los administrados, a través de la prestación de servicios y el suministro de bienes (Penagos, 1994). Se ha concebido, también, como la ejecutada por el Estado con sujeción a la normatividad y que supone la realización de actuaciones que establecen situaciones jurídicas determinadas (Fragua, 2019). Para Solano (1994) “La función administrativa tiene en la ley el fundamento y el límite de su accionar” (p. 104).

Según enseña Gordillo (2004), “la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce”. (Gordillo, 2004, p.I-10).

En cuanto al contenido de la función administrativa, la doctrina lo ha dividido en jurídico (Romano, 1963), en técnico y en político (Coscolluela, 2015).

Igualmente, tanto en el derecho interno como en el foráneo, su ejercicio debe estar apoyado en la observancia de mandatos de optimización o principios. En lo que concierne al ordenamiento nacional, los principios de la función administrativa se encuentran enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y corresponden a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En otras latitudes, como en España, también se consideran principios de la función u organización administrativa a la eficiencia, la jerarquía y la coordinación.

Ahora, acerca de la vinculación estrecha e inescindible que existe entre la función administrativa como elemento de la existencia del acto administrativo, Berçaitz (1980) enseña que en el acto jurídico del derecho privado “no existe como presupuesto lo que constituye la esencia del segundo<sup>1</sup>, es decir, el signo de la autoridad absoluta del Estado que exterioriza en el acto el ejercicio de una función administrativa” (p.14).

Coincide en esta lectura de la función administrativa como elemento esencial, la que dispensa Fortshoff (1958), al indicar que “Lo único que cuenta como acto administrativo es el obrar soberano en ejercicio del poder público” (Forsthoff, 1958, p.280). Para este autor, ese poder soberano se hace extensivo a todas las áreas que envuelvan la prestación de servicios públicos en todas las cuales surge esa autoridad vinculante, obligatoria y coercitiva para el destinatario de sus efectos, cuestión que impide precisamente que se equipare el acto administrativo al negocio jurídico unilateral en el que nadie puede obligar a sus iguales (Jellinek, 1921).

Maurer (2012) sigue una línea similar a la de sus coterráneos y agrega que el límite de esa prerrogativa pública del ejercicio del poder soberano se encuentra en la observancia del principio de la protección a la confianza, el cual, en todo caso, no es absoluto sino relativo, atendiendo a la ponderación entre el interés público y el individual.

Como casi siempre ocurre frente a la mayoría de las instituciones jurídicas, si bien hay varias posturas que intentan ofrecer una definición sobre lo que debe entenderse por función administrativa, el punto de encuentro en todas ellas está en que su noción apunta al ejercicio de

---

<sup>1</sup> Alude al acto administrativo.

actividades por parte del Estado, en expresión del poder público soberano, para el cumplimiento de sus fines misionales, lo que, dicho en otras palabras, podría traducirse en que será función administrativa todo aquello que un particular o individuo de derecho privado, por regla general, no podrá hacer, a menos que la ley disponga lo contrario.

Ahora bien, la respuesta en relación con la forma de determinar la presencia de la función administrativa en materia negocial, para un sector de la doctrina se fundamenta en un criterio orgánico que atiende a una cláusula general de competencia de la que están revestidas todas las entidades públicas por el simple hecho de participar de esa naturaleza (Escobar, 1999), premisa que conduce a concluir que, en cuanto toda la esfera de su actividad está provista de función administrativa, ergo todas sus manifestaciones unilaterales de voluntad tendientes a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada serán actos administrativos.

Desde un criterio funcional también se ha tratado de explicar este fenómeno, bajo la comprensión de que toda la actividad contractual del Estado lleva ínsito el ejercicio de la función administrativa (Escola, 1977), lo cual se concreta en la implementación de prerrogativas públicas que comportan la potestad de la decisión previa, unilateral y vinculante.

En lo que toca a estas posturas, considero que aun cuando resulta de sumo valor su aporte en la órbita jurídica, por cuanto es indiscutible que el contrato es un instrumento para la satisfacción del interés colectivo a través de la ejecución de obras, el suministro de bienes y la prestación de servicios que es lo que, en últimas, justifica la finalidad del ejercicio de la función administrativa, en el plano práctico no brindan una solución satisfactoria frente al tema que convoca la elaboración de este documento, en cuanto admitir su aplicación, sin más, llevaría a concluir que toda manifestación unilateral de la Administración proferida en desarrollo de un

contrato estatal sería un acto administrativo por involucrar uno de los elementos de su esencia o existencia, lo que dejaría de lado un aspecto de especial relevancia.

Se recuerda que no siempre la Administración, en materia negocial, actúa revestida de su poder de imperio o autoridad pública, de cara al hecho cierto de que, en veces, es el régimen jurídico que informa el vínculo obligacional el que se ocupa de descenderla a un plano de igualdad frente al contratista particular (Palacio, 2002), lo que hace que sus manifestaciones de voluntad tengan el mismo valor jurídico que aquellas que emanan de su colaborador cocontratante, es decir, serían actos jurídicos civiles y mercantiles que no actos administrativos porque no serían expedidos con fundamento en su poder de imperio (Marienhoff, 2003) y, por ende, no gozarían de sus atributos de ejecutoriedad, ejecutividad y presunción de legalidad.

Esta afirmación adquiere vigor si se contrasta con el hecho de que, por regla general, en los eventos en que la regulación de un régimen contractual de una entidad pública se gobierna por el derecho privado, es el legislador el que califica en qué ámbito y frente a cuáles tópicos la Administración contratante podrá acudir al ejercicio de prerrogativas públicas, a través de la producción de actos administrativos.

Un ejemplo de ello se encuentra en la Ley 100 de 1993, a través de la cual se creó el sistema de seguridad social, disponiendo en su artículo 195, numeral 6 que en materia contractual las empresas sociales del Estado se regirán por el derecho privado, sin perjuicio de lo cual podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las que, por determinación de este compendio, se adoptarían a través de actos administrativos.



Otra muestra aún más visible de esta dinámica, se halla en los preceptos legales que regulan la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos, contexto dentro del cual la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido a las excepciones constitucionales y legales de la Ley 142 de 1994, en relación con el principio de sometimiento al derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios y ha indicado que dichas excepciones aluden, entre otras, a la facultad de expedir actos administrativos. De ahí surge que la regla general es que no lo puedan hacer sino en los estrictos eventos en los que esa compilación así lo dispone. En estos términos, lo explicó el Consejo de Estado, (2011), en Sentencia No. 25000-23-24-000-2000-00016-01(AG).

“a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que puedan citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art 154 inc 1º) (...). . d) El ejercicio de las facultades previstas en los arts 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa”.

Siguiendo, pues, ese orden lógico, se tendrá que a la inversa no serán actos administrativos los que en materia contractual de una entidad pública regida por el derecho privado no cuenten con autorización legal para gozar de esa naturaleza, en tanto que, de considerar que todos tienen esa denominación, no existiría entonces una razón jurídica válida que justifique el por qué el legislador habría tenido que incurrir en el esfuerzo de pronunciarse en relación con cuáles

decisiones sí podrían participar de la naturaleza de actos administrativos, como, en efecto, ha procedido en los ejemplos detallados y en muchos más casos.

Es por estas razones que no se estiman acertada las tesis según las cuales por virtud de una cláusula general de competencia o de la conexión implícita de la función administrativa con la actividad contractual de la Administración, todas las decisiones que se profieren por esta en la esfera negocial son actos administrativos, dado que, como se vio, no siempre su gestión contractual envuelve el poder de imperio que comporta la función administrativa como elemento de su esencia, al punto de que cuando no está en ese plano es el legislador el que determina en qué eventos puede hacer uso de esa prerrogativa unilateral.

Ahora, para la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo la solución a esta incógnita se halla en el régimen jurídico que disciplina la actuación de la Administración. Así, si su gestión contractual la ilumina el derecho público, el ente se sitúa en un escenario de superioridad frente al particular por la posición de imperio que le asiste. Atendiendo a ese esquema, la Administración actuará en ejercicio de función administrativa en el ámbito del derecho público y carecerá de ella en las relaciones gobernadas por el derecho privado.

Un reflejo de este acerto se encuentra en la sentencia dictada por la Sección Primera de esa Corporación, el 14 de diciembre de 2009, expediente 2003-00708, en la que se pronunció en torno a la naturaleza de los actos de gestión proferidos por los órganos liquidadores de entidades públicas en el marco del derecho privado y señaló:

“En ese contexto, la Sala encuentra que el oficio acusado no es un acto administrativo, puesto que está relacionado con la contabilización de los activos de la deudora en liquidación y, correlativamente, con la modificación de la masa o del inventario de la misma, y no con aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos, como el

mismo demandante lo pone de presente, ni, en general, con ejercicio de función administrativa o actuación administrativa del Liquidador, pues no responde a petición en interés particular del solicitante, sino a lo que sustancialmente constituye una denuncia de bienes supuestamente de propiedad de la deudora en liquidación, prevista en el artículo 180 de la Ley 222 de 1995”.

“(…).

“En consecuencia, el referido oficio no es susceptible de control por esta jurisdicción, luego la demanda carece de objeto que le corresponda a la misma para decidir de fondo, de allí que de oficio, se deba declarar probada la excepción de falta de jurisdicción, y la Sala se deba inhibir para pronunciarse sobre el fondo del asunto, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia, para lo cual revocará la sentencia en cuanto bajo la premisa de que el oficio demandado era acto administrativo, examinó el fondo de la demanda”.

En sentido semejante, pero en materia contractual, que es la que constituye el motivo de interés de este documento, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 25390, respecto de la naturaleza de las decisiones emanadas de la entidad estatal con ocasión de un contrato sometido a las normas del derecho privado, discurrió:

“Menos aún tiene vocación de prosperidad la pretensión consistente en que se declare nulo el oficio n.º 25000205-001604 del 23 de junio de 1999, puesto que en forma alguna tal documento, emanado de la entidad, constituye un acto administrativo. Telecom, dentro del marco de las relaciones establecidas con el contratista se encontraba sometido, como se advirtió con anterioridad, a las normas civiles y comerciales, y obraba en condición de contratante por fuera de la Ley 80 de 1993, de suerte que la comunicación

que dirigió al contratista para informar que no prorrogaría el contrato, no constituía ejercicio de función administrativa alguna y no tenía la naturaleza jurídica de acto administrativo. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacionales, el acto administrativo es la declaración unilateral, proferida en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, directos y vinculantes; en el caso concreto si bien es cierto que corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer del caso y, por ende, juzgar la actuación de la entidad, no se configura un acto administrativo porque no se ejerce función administrativa en términos generales y porque, en términos específicos, ninguna norma ha calificado la comunicación a través de la cual se informa a un contratista la decisión de no prorrogar un contrato, como administrativa”.

En la pasada anualidad, en sentencia (2019) proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 19 de junio de 2019, dentro del expediente 39.800, se resolvió una acción de controversias contractuales, impetrada con el fin de que se declarara la nulidad de una resolución, por la que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal, entidad regida por el derecho privado en su actividad negocial, terminó unilateralmente un contrato de obra.

En esa oportunidad, se declaró la nulidad de la decisión acusada. Como cimiento de su decisión indicó que su ejercicio se originó en el pacto emanado de la libre voluntad de las partes en caso de incumplimiento, pacto que resultaba perfectamente válido entre particulares y que se extendía a los eventos en que la Administración actuaba en calidad de sujeto de derecho privado, pero que no se traducían en la expedición de un acto administrativo.

Planteado ese contexto, estimó que las empresas de servicios públicos, salvo los casos de expresa habilitación legal consignados en la Ley 142 no podían emitir actos administrativos, por cuanto no concretaban una actuación adelantada en ejercicio de función administrativa, a través

del ejercicio legítimo del poder de imperio; con base en esa premisa concluyó que esas decisiones eran actos privados.

Ante este escenario, considero que, a pesar de los intentos de la jurisprudencia para brindar una respuesta en relación con el origen de la función administrativa en materia contractual, la tesis prolijada por ese sector tampoco logra resolver de fondo la problemática planteada en torno a la naturaleza de las decisiones proferidas por la entidad contratante, conforme pasa a explicarse:

El primer inconveniente que se avizora se asocia con la consecuencia que la jurisprudencia desprende de la ausencia de función administrativa en la producción de la decisión acusada.

Como quedó visto, en unos casos ha sostenido que la carencia de esta redundante en la inexistencia del acto, por lo que congruentemente ha estimado que no es procedente pronunciarse de fondo sobre la pretensión de nulidad porque no es posible de control de legalidad una decisión que no es acto administrativo. A *contrario sensu*, en otras ocasiones, si bien, ha atendido al mismo razonamiento, conforme al cual por no ser expedido en ejercicio de función administrativa no podría considerarse como un acto administrativo, a pesar de ello ha decidido declarar su nulidad, aspecto frente al cual surge una enorme inconsistencia, en tanto no puede ser anulado o invalidado lo que no es; lo que no existe.

Pero si se superara lo anterior, la solución que ofrece la jurisdicción, con arreglo a la cual al actuar bajo el imperio del derecho privado debe entenderse que la Administración no está revestida de función administrativa, por manera que las decisiones adoptadas en esa órbita no pueden ser catalogadas como actos administrativos, tampoco consulta la realidad que sobre el particular muestra el ordenamiento jurídico.

En orden a desvirtuar lo anterior, se reitera que, tal cual se dejó sentado en precedencia, existen múltiples eventos en los que, no obstante que en su actividad contractual el ente contratante

se encuentra amparado por el derecho privado, podrá ser revestido eventualmente de función administrativa por ministerio de la ley y, solo mediando esa condición, podrá expedir actos administrativos en su dinámica contractual.

Ahora bien, se observa que idéntica lógica se presenta en sentido opuesto, cuando la entidad contratante está sometida al Estatuto de Contratación Estatal, el cual consagra un régimen jurídico mixto nutrido por normas del derecho privado, salvo en lo expresamente regulado por la Ley 80.

Es de utilidad en este punto, para propósitos ilustrativos, referirse a lo ocurrido en materia de imposición de multas en el tránsito legislativo que tuvo lugar con la expedición de la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993.

Cabe recordar, al respecto que en vigencia de la Ley 80 de 1993 no existía en ese catálogo normativo disposición alguna que concediese a la Administración la facultad de imponer unilateralmente multas a su contratista. Ante ese panorama, la jurisprudencia del Consejo de Estado advirtió, *grosso modo*, que podrían pactarse multas en el contrato estatal, tal cual lo harían los particulares fundados en la autonomía de la voluntad, para que, en caso de incumplimiento, se activara como herramienta de apremio, pero, en cuanto no existía habilitación legal que permitiera a la Administración imponerla unilateralmente, con efectos ejecutorios y ejecutivos, es decir, a través de acto administrativo, el ente contratante debía acudir al juez del contrato para que declarara su incumplimiento e hiciera efectiva la multa pactada.

En otras palabras, a pesar de que el contrato se hallaba bajo la égida de la Ley 80, cobijado así por el manto del derecho público, la Administración no gozaba del poder de imperio en toda la extensión de su actuación negocial; solo en aquellos eventos en que el Estatuto de Contratación Estatal así lo estableciera por cuenta de una atribución precisa para ejercerlo.

Solo fue hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 que se abrió expresamente la posibilidad para que la entidad estatal contratante pudiera imponer, por sí y ante sí de manera unilateral la multa a su contratista, en caso de hallarse pactada.

Es así como a partir de allí, fue la ley la que, en materia de imposición de multas, pero sin alterar en lo absoluto el régimen jurídico que habría de modular el contrato, elevó a la Administración de un plano de igualdad negocial a uno de superioridad o de imperio, del cual hasta entonces no podía valerse, debido a que, para ese preciso propósito, no podía actuar como autoridad pública, a pesar de regirse en su dinámica contractual por el derecho público.

Nótese como en este supuesto, la discusión no estribaba en establecer si en el contrato estatal podía o no introducirse una cláusula de multa; al contrario, en todo momento se reconoció por la jurisprudencia contenciosa que tal acontecer podía tener legítima cabida en el acuerdo, a la luz de las reglas del derecho privado, al punto de que, de hallarse pactada, la Administración válidamente podía hacer exigibles sus efectos; la discrepancia se centraba en que no podía hacerlo a través de acto administrativo, debiendo necesariamente comparecer ante la jurisdicción en procura de la declaratoria de incumplimiento y la efectividad de la multa, cuestión que no habría de ser necesaria si la potestad para imponerla se pudiera ejercer mediante la expedición de un acto administrativo que gozara de presunción de legalidad y de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad.

Lo ocurrido es un ejemplo claro de cómo no resulta ajustado considerar que es el régimen jurídico que informa el contrato el que determina si la entidad contratante actúa o no en ejercicio de función administrativa y puede expedir actos administrativos.

Todo lo expuesto hasta este punto nos permite evidenciar que, en realidad, la forma de determinar si en la actuación de la Administración hay presencia de la función administrativa con

el propósito de establecer si las decisiones que emite en el ámbito contractual tienen ese elemento esencial para considerarlas actos administrativos, no radica en concebir esa posibilidad como una derivación de una cláusula general de competencia, como tampoco se desprende del régimen jurídico del contrato.

Ciertamente, la respuesta se encuentra acudiendo de manera directa e inequívoca a la ley, sobre la base de que la función administrativa no es nada distinto a una expresión nítida del principio de legalidad, en la medida en que es el legislador el que establece en qué precisos eventos la entidad contratante está investida de poder de imperio, sin que esto lleve a afirmar que la falta de habilitación legal para ejercerla equivalga a la falta de competencia, precisión que, en todo caso, será retomada en acápite siguiente.

Se suma que es en la exorbitancia, o mejor en la posibilidad de actuar en plano de desigualdad frente a su cocontratante en donde se concreta el ejercicio de la función administrativa, y su génesis solo puede hallar asiento en la ley, exorbitancia que tampoco puede confundirse con la unilateralidad, dado que esta última no es ajena al ámbito de los particulares con fundamento en la libre autonomía de la voluntad (Palacio, 2002)

En cuanto hace a este apartado cabe agregarse que, sin el ánimo de desconocer que, si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales que en su régimen contractual estén exceptuadas de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se someterán a los principios de la función administrativa regulados en el artículo 209 de la Constitución Política, a cuya observancia igualmente se encuentran subordinadas aquellas entidades públicas que en su actividad comercial se rijan por la Ley 80 de 1993, en mi criterio, la exégesis que merece dispensarse al citado artículo de la Ley 1150 de 2007 no consiste en que la actividad comercial de las entidades estatales sometidas



a régimen exceptuado de cobertura de la Ley 80 e, incluso, aquellas que sí lo están desarrollen inescindiblemente función administrativa en sus relaciones contractuales, porque, como ya se vio, ello no siempre acontece de esa manera; lo que de esa preceptiva se desprende es que cuando estén investidas del poder de autoridad que supone el desarrollo del ejercicio de la función administrativa deberán actuar con total apego y observancia a esos principios de rango constitucional.

Como resumen de lo expuesto en este acápite, se concluye que:

Uno de los elementos de la esencia del acto administrativo consiste en que en su producción está envuelto el ejercicio de la función administrativa, condición que no se deriva de un mero criterio orgánico, toda vez que no siempre las entidades públicas en sus actuaciones ejercen su poder de imperio ante la evidencia de que existen manifestaciones unilaterales que no se dictan en esa esfera; tampoco depende ello del régimen jurídico que gobierne la relación contractual en cuyo plano se dicten, en tanto puede ocurrir que siendo regentado por el derecho privado, la entidad contratante pueda dictar actos administrativos o, que a la inversa, estando sometida al derecho público, no siempre pueda proceder en esa dirección.

Habiendo aclarado lo anterior, la solución que se propone como respuesta a la cuestión planteada es que la función administrativa como elemento de la esencia del acto administrativo es una manifestación del principio de legalidad, lo que se traduce en que es la ley la que, de manera expresa, directa e inequívoca reviste a la Administración contratante de ese poder de imperio y que se traduce en la habilitación para expedir actos administrativos sobre determinadas materias negociales.

### **III. La diferencia entre función administrativa como elemento de la esencia del acto administrativo y la competencia como elemento de su validez**

Continuando con los objetivos planteados, y una vez despejado el escenario en torno a los elementos de la esencia y validez del acto administrativo, a la función administrativa como condición de su existencia, así como a la génesis legal de su ejercicio, este apartado será dedicado a establecer la diferencia entre la función administrativa como elemento de existencia y la competencia como elemento de validez del acto administrativo.

La necesidad de emprender este análisis obedece a que es, precisamente, en el delicado lindero que distingue esos dos institutos en donde radica la principal problemática que se atraviesa, debido a que, por cuenta de su confusión, se ha llegado a afirmar, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la ausencia de la función administrativa en la producción del acto expedido con ocasión del contrato conduce a su nulidad, afirmación que no guarda rigor jurídico si se atiende al hecho de, que, como se anotó, la nulidad exige como requisito de su declaratoria la existencia de lo que se anula. En otras palabras, no puede ser invalidado o anulado lo que nunca existió.

Es por ello, que se insiste en la importancia de distinguir la función administrativa como elemento de la esencia del acto, sin cuya presencia se invadirá el terreno de la inexistencia, no de su nulidad; contrario a lo que ocurriría ante la evidencia de una anomalía en la competencia para expedirlo, aspecto que, en cambio, sí corresponde ser abordado desde la perspectiva de la validez y redundará, eventualmente, en su nulidad ante la constatación de una irregularidad en la formación del acuerdo.

Así pues, para delinear los conceptos anticipados cabe precisar que un punto de encuentro entre ambos reside en que, tanto la función administrativa como la competencia, sin duda, hallan

su asiento en el principio de legalidad al cual está sujeta la actividad de la Administración pública y cuyas fuentes, para algunos tratadistas, abarcan el derecho en toda su extensión (Vedel, 1992) y, según otros, cubre las reglas exteriores a la Administración: la constitución, los tratados y acuerdos internacionales y la ley; y las reglas establecidas por la jurisprudencia y los principios generales del derecho (Morand- Deviller, 2017).

Valga aclarar, en todo caso, que aquella sumisión de la Administración al principio de legalidad no debe atender de manera irrestricta y exclusiva al derecho público de la Nación sino a toda ley en sentido formal y material (Penagos, 1994).

Ahora bien, zanjado lo anterior, es menester referirse a la noción de competencia, término que en el terreno del derecho privado sería equiparable a la capacidad (Gascón y Marín, 1929).

Como concepto genérico puede acudirse a aquel según el cual “la competencia de un órgano es el conjunto de funciones que le son atribuidas por el ordenamiento” (Coscolluela, 2015, p.170).

La doctrina nacional, en voz de Riascos (2013) la define como:

“la capacidad jurídica que le atribuye el ordenamiento jurídico, en un caso concreto a un servidor estatal, a los directores o Jefes de los ‘órganos autónomos e independientes’ o a una persona particular con funciones administrativas, para ejercer determinadas funciones o atribuciones puntuales, exclusivas y excluyentes con carácter definitivo, temporal, territorial o estrictamente funcional” (Riascos, 2013, p.27).

A su turno, algunos autores en el derecho italiano la clasifican en competencia: absoluta, alternativa, concurrente, indistinta y compartida (Alessi, 1974). Otros la dividen en externa e interna (Dávila, 2017) o en competencia por razón del grado, el territorio, el tiempo y la materia (Gordillo, 2004) siendo esta categorización la que se tomará en consideración para los propósitos de este escrito, en tanto constituye la ramificación más pragmática y de mayor utilización en la

órbita nacional en el camino a definir cómo se refleja ese elemento de la validez en el ámbito de la contratación estatal.

En la competencia por razón del grado convergen los principios de descentralización, figura que adquirió más vigor en los 80s como respuesta a la necesidad de tener mayor representación del Estado (Valencia, 2014) y de delegación, entendida como la transferencia a otro órgano del ejercicio de una competencia atribuida al delegante (Guillén, 2004), y la atribución del ejercicio de funciones en el estricto marco de esas figuras, caso en el cual se presentará la falta de competencia cuando se ejerza por fuera de los límites legales establecidos, o administrativos en el caso de la delegación.

Podría concebirse, a título ilustrativo, que se configurará ese vicio en el evento en que el órgano descentralizado ejerza una atribución que, por ley, continúa radicada en el sector central y no le ha sido conferida a aquel. Un ejemplo práctico de ello podría consistir en que el Inpec, establecimiento público del orden nacional y del sector descentralizado por servicios, dicte una decisión trazando lineamientos orientados a diseñar las políticas públicas en materia carcelaria y penitenciaria, apartándose del hecho de que esa función continúa en cabeza del poder central, específicamente en el Ministerio de Justicia y del Derecho.

O que, en materia de delegación, el funcionario delegado para adelantar gestiones en la etapa contractual dicte un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato cuando el ejercicio de esa precisa potestad no le fue transferido en el acto de delegación.

De otro lado, la competencia por razón del territorio se asocia al marco espacial dentro del cual se ejerce la función y se destinan sus efectos.

En esa medida habrá incompetencia territorial cuando una entidad realiza actos dispositivos tendientes a la consecución de su cometido misional dentro de un espacio físico respecto del cual

no es su titular. Ello podría presentarse cuando el municipio de Facatativá dicta una disposición relativa al desarrollo urbano o al ordenamiento territorial para ser ejecutada fuera de su jurisdicción, por ejemplo, en el municipio de Girardot.

Siguiendo con el análisis de su clasificación, la competencia por razón del tiempo guarda correspondencia con los eventos en que una entidad puede ejercer determinadas facultades durante un espacio temporal limitado. Piénsese en los casos en los que el concejo municipal otorga autorización al alcalde para celebrar un contrato de concesión durante la vigencia fiscal de 2020, y el jefe de la localidad expide el acto de adjudicación del respectivo contrato en la siguiente anualidad. En ese caso, habrá excedido la facultad temporal otorgada por la corporación pública.

Ahora bien, la competencia por razón de la materia se halla en la conexidad que debe existir entre el campo de acción asignado a determinada entidad para el cumplimiento de sus cometidos misionales y el contenido de la decisión que se dicta.

Al respecto, Gordillo (2004) comenta que este vicio puede presentarse en lo atinente a materias administrativas de otros órganos del poder público, y cita el siguiente ejemplo “cuando una decisión correspondiente al ministerio de industria y comercio es adoptada por el ministerio de economía” (Gordillo, 2004, p. eaa-iv-6).

Descendiendo lo dicho al ámbito interno podría presentarse esta anomalía, por ejemplo, si el Instituto Nacional de Bienestar Familiar dicta una resolución restituyendo un bien de uso público, competencia exclusiva del Distrito Capital en ejercicio de su poder de policía.

Es importante detenernos para profundizar en este aspecto, en tanto la competencia por razón de la materia constituye el punto de mayor sensibilidad a la hora de extrapolarlo a la esfera de la contratación estatal en referencia al tema que nos emplaza.

Es ese el escenario en donde se presentan las más grandes dificultades para resolver si la decisión dictada por la Administración con ocasión de la actividad contractual constituye o no un acto administrativo y el remedio que a la solución del caso cabe, esto es, si es nulo por presentarse el vicio que afecta su validez consistente en la falta de competencia por razón de la materia o si es inexistente por ser expedido sin comportar el ejercicio de función administrativa, elemento de su esencia sin cuya presencia el acto no surge a la vida jurídica.

Como se anunció, no han sido pocas las providencias judiciales en las que, luego de analizar la naturaleza de la decisión proferida por la entidad contratante que se pone a consideración de la jurisdicción, el Consejo de Estado ha concluido que, al no ser dictada en ejercicio de función administrativa, tal circunstancia deriva su nulidad por falta de competencia por razón de la materia, la que se evidencia, en voces de la Alta Corporación, por no existir habilitación legal que autorice a la Administración para el ejercicio de esa precisa potestad.

Es respecto de este tipo de consideraciones frente a las cuales se advierte la necesidad de marcar un claro lindero de distinción entre lo uno y lo otro.

Para empezar con esa labor delimitante, no resulta acertado señalar que la Administración en materia contractual carece de competencia para adoptar determinadas decisiones en su dinámica comercial.

Aceptar tal afirmación equivaldría a desconocer que esa competencia, partiendo del nuevo modelo de Estado neoliberal orientado a la libre competitividad en posición de igualdad con los particulares que planteó la Constitución de 1991, se desprende de manera genérica directamente de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política que establece los fines esenciales del Estado y de su artículo 150 que determinó que al Congreso concernía expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Se deriva también del artículo 352 de la Carta Magna que defirió a la Ley Orgánica de Presupuesto la regulación sobre la capacidad de los organismos y las entidades estatales para contratar, atendiendo a los alcances que sobre la capacidad negocial trazó la Corte Constitucional en sentencia C-373-94, al precisar que igualmente tal atribución genérica de competencia debía hallar su fundamento:

“en el artículo 121, según el cual ‘Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley.’ En este caso, la ley 80 atribuye unas funciones a determinados funcionarios, en materia de contratación. Segundo.

- El artículo 122, de conformidad con el cual, "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento..."

Igualmente la competencia para contratar y adoptar decisiones en la órbita negocial del Estado halla su soporte constitucional en el artículo 365 que determina la prestación de servicios públicos como una de sus finalidades inherentes y en las leyes que, con fundamento en todos estos cánones superiores, regulan su actividad contractual, tales como la Ley 80 al establecer que “Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad”, así como la Ley 489 de 1998, la Ley 1150 de 1993, la Ley 1474 de 2011 y todas las demás que las desarrollan y complementan.

Se deja claro así que la competencia para contratar, en razón de la materia, y para adoptar las decisiones que con ocasión de ese vínculo jurídico se exigen y se requieren, emana, en conjunto, de todas las disposiciones constitucionales y legales acabadas de citar, sin que, en el caso de no existir de manera puntual y definida dentro del universo de las relaciones contractuales alguna materia específicamente regulada, pueda oponerse por ese hecho la supuesta ausencia de

competencia “en razón de la materia” para la toma de las decisiones que en el devenir contractual habrían de corresponder.

Para ilustrar esta reflexión es conveniente traer a colación varios ejemplos concretos y reales.

Nuevamente, en el evento de la imposición de multas por parte de la administración a su contratista particular debe tenerse en consideración que la competencia para pactar y hacer exigible por parte del ente público la multa acordada proviene directamente del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual se consagra una remisión normativa a la normas mercantiles y civiles. Por esa vía, la Administración, sin duda, está dotada de competencia, en relación con la materia específica que regula el pacto y exigibilidad de las multas y que se encuentra consagrada en los artículos 1592 al 1601 del Código Civil, disposiciones que compendian los aspectos concernientes a su génesis y operatividad.

Así que, si la Administración adopta una decisión orientada a hacer exigible una multa pactada, por aplicación de las normas civiles que disciplinan ese aspecto, habrá de concluirse que sí tiene competencia para pronunciarse en ese sentido. Cuestión distinta es que no esté revestida del poder de imperio derivado del ejercicio de la función administrativa por no existir una habilitación legal que la autorice para imponerla de manera unilateral, ejecutiva y ejecutoria en un plano de superioridad contractual.

Nótese como, en vigencia de la Ley 80, doctrinantes y jueces defendían la tesis de que la Administración carecía de competencia en razón de la materia para dictar actos administrativos en que los que se impusieran multas al contratista y que esa competencia, si insiste, por razón de la materia, solo vino a gestarse a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que le confirió expresamente esa facultad a la entidad contratante.



Sin embargo, es preciso discrepar de tal entendimiento en atención al hecho de que la competencia para pronunciarse sobre esa materia, se reitera, siempre la ha tenido la Administración contratante con apego a los dictados de las normas del derecho privado a las que se remite el ejercicio de su gestión contractual. En realidad, lo que hizo la Ley 1150 no fue dotarla de competencia por razón de la materia para pronunciarse sobre las multas pactadas y de los efectos que se habrían de desprender de ese pacto, sino de la posibilidad de que, en relación con ese aspecto, ya no obrara en un plano de igualdad con su contratista particular y, por el contrario, se elevara a un plano superior en virtud del ejercicio de la función administrativa que por medio de esa disposición legal se le estaba confiriendo para, que en desarrollo de la misma, pudiera expedir un acto administrativo en el que impusiera de manera unilateral, ejecutiva y ejecutoria el cobro de la multa pactada.

Es claro así que la ausencia de habilitación legal para imponer unilateralmente una multa en vigencia de la Ley 80 no invadía el terreno de la competencia como elemento de la validez del acto. Lo que permeaba era el escenario de la existencia de este ante la ausencia de la función administrativa de la que debía estar investida para proferirlo.

Algo similar ocurrió en materia de declaratoria de ocurrencia de siniestro y efectividad de la garantía de cumplimiento del contrato estatal.

Se sostuvo por varios doctrinantes y por un amplio sector de la jurisprudencia que la competencia para hacer exigible la garantía única de cumplimiento tenía como fuente el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, aplicable a todas las entidades estatales, salvo a las que tuvieran un régimen de contratación especial o sometido a derecho privado, como por ejemplo las empresas de servicios públicos, evento en el cual no se consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de

cumplimiento por la vía administrativa, por manera que debía acudirse a las normas del estatuto mercantil que regulaban el contrato de seguro y de cuya aplicación, en algunas providencias judiciales se coligió que era allí donde se originaba la capacidad jurídica de la entidad beneficiaria para hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento, caso en el que debía procederse por la vía de la reclamación, en forma similar a la de los particulares.

En ese terreno igualmente se considera que, contrario a lo allí sugerido, el problema no recae sobre un asunto de ausencia de competencia que afecte la validez de la decisión que en ese sentido se adopte por la administración contratante. La competencia en torno a la reclamación por ocurrencia del siniestro amparado, esto es, en razón de la materia, subsiste por cuenta de lo normado en el artículo 1075 del Código de Comercio, norma que, como ya se indicó, resulta de plena aplicación en la actividad comercial de las entidades públicas.

Una vez más, se trata de una cuestión de ausencia del ejercicio de función administrativa ante la falta de una norma que habilite a la Administración sometida a régimen especial de contratación a proferir un acto administrativo dirigido a declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento. En ese orden, la decisión que en ese sentido se emita no puede considerarse un acto administrativo inválido o nulo por falta de competencia en razón de la materia; se itera que es la ausencia de función administrativa en su expedición lo que en ese caso conduce a la inexistencia por la falta de uno de los requisitos de su esencia.

Otro ejemplo que podría resultar de utilidad para develar el planteamiento que avoca la redacción de este acápite se asocia a la decisión de liquidar unilateralmente los contratos celebrados por entidades excluidas de cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, aspecto frente al cual han sido reiterativos los pronunciamientos jurisprudenciales encaminados a declarar la nulidad de este tipo de decisiones por falta de competencia en razón de la materia, frente a lo

cual concierne advertirse lo siguiente:

Es cierto que el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, ya derogado, concedió a la Administración la facultad de liquidar unilateralmente el contrato por acto administrativo, es decir, la dotó de función administrativa para disponer el cruce final de cuentas del contrato, siendo esta la única regulación que en ese ámbito se ha dictado.

Con todo, se considera que la ausencia de esa ordenación en el derecho privado no se traduce en una falta de competencia para adoptar unilateralmente una liquidación, en consideración a la naturaleza propia de esa figura, la cual no comporta nada distinto a una práctica técnica encauzada a definir el balance económico final de las prestaciones ejecutadas en desarrollo del contrato para establecer si existen acreencias pendientes o si las partes pueden declararse a paz y salvo, asunto que resulta del todo conexo a una dinámica negocial para cuya realización existe competencia constitucional y legal por cuenta de las normas que habilitan a las entidades a celebrar contratos y a adoptar las decisiones que la actividad contractual demanda, muchas de las cuales pueden fundarse en el pacto convencional que las partes decidan libremente incorporar al negocio, sin que ello, por supuesto, se abra paso para darle un matiz de exorbitancia o a convalidar la introducción de cláusulas abusivas o contrarias al ordenamiento.

Se itera que lo que no podría hacer la entidad exceptuada de cobertura del Estatuto de Contratación es adoptar unilateralmente la liquidación unilateral del contrato a través de un acto administrativo, porque para ese preciso propósito no se haya dotada de función administrativa, en el sentido de imponer mediante el ejercicio del poder de imperio una decisión contentiva del cruce final de cuentas que goce de los atributos de ejecutoriedad y ejecutividad.

Así pues, como conclusión, las situaciones que se han dejado expuestas constituyen un claro reflejo de la diferencia que existe entre función administrativa como elemento de la esencia

del acto administrativo y la competencia por razón de la materia como factor de su validez, siendo este el punto medular de donde corresponde extraerse la herramienta principal para concluir si una decisión de la Administración contratante corresponde o no a un acto administrativo.

La habitación legal que brinda el ordenamiento para ejercer determinada potestad en materia de contratación estatal no se traduce en revestimiento de competencia por razón de la materia para dictarla, en tanto, se reitera, la competencia por razón de la materia, desde un ángulo general, emana de las normas constitucionales y legales a las se hizo anterior mención, por manera que la falta de esa autorización normativa no podría acarrear la nulidad de la decisión.

En realidad, la habilitación legal comporta el otorgamiento al ente contratante de función administrativa para dictar una decisión en un plano de superioridad frente a su cocontratante, con independencia del régimen jurídico que informe el contrato, decisión que por ese mismo motivo estará llamada a instrumentarse en un acto administrativo; de ahí que la ausencia de esa autorización para emitir una determinada decisión en el ámbito negocial conducirá a la inexistencia del acto administrativo por falta de función administrativa en su ejercicio. Ello, a su turno, llevará a que degenerate en otro tipo de acto, como lo sería un acto jurídico de derecho privado de la Administración.

Así pues, para identificar la naturaleza de la decisión emanada del ente contratante, que no su validez, además de escudriñar la presencia de los elementos de su esencia, tales como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica de carácter general o particular, resultará indispensable e ineludible indagar si fue expedida en ejercicio de función administrativa, propósito para el cual será necesario determinar si existe una autorización legal específica para adoptar ese tipo de decisión en posición

de autoridad pública. Ante la ausencia de esa autorización normativa, el acto administrativo, así concebido será inexistente.

#### **IV. Incidencia práctica de la identificación de la naturaleza de la decisión proferida por la entidad contratante**

Habiendo brindado las herramientas para establecer cuando se está en presencia de un acto administrativo, concierne a continuación que surja a flote cuál sería el efecto útil que ello redundaría para las partes del contrato estatal desde el punto de vista jurídico y económico.

i).- En lo atinente al aspecto jurídico, vale destacar *prima facie* que, más allá de comportar un efecto útil, emerge como un imperativo de cara a la necesidad de procurar la materialización del principio de igualdad para los usuarios de la administración de justicia a quienes les asiste el derecho de ser destinatarios de decisiones basadas en parámetros uniformes aplicados a casos análogos.

Si de inicio se parte de la aproximación a cuál es la naturaleza de la decisión de la que emanan los afectos adversos a la parte del negocio, se sabrá si la misma es controvertible a través de la pretensión anulatoria (Sánchez, 2015) o si corresponde atacarse desde la óptica de la responsabilidad contractual. Nótese que acá la disyuntiva no está en el medio de control a elegir porque se parte de la base de que el medio de control tendrá que ser el de controversias contractuales, en razón a que el litigio, en todo caso, guardará relación directa con una decisión proferida en el marco de un contrato estatal (Sarria, 2010). El punto álgido recae sobre la pretensión a incoar por ese cauce.

Con esta claridad, se evitaren providencias sorpresivas que, como ocurre en múltiples ocasiones, al final contienen un fallo inhibitorio tras advertir que la génesis del daño se centró en un acto administrativo que no fue demandado cuando ha debido serlo.

Frente a este tipo de decisiones la gran problemática que se presenta es que, en innumerables casos como los vistos en el artículo que precede este escrito, ni siquiera se ha tratado

de verdaderos actos administrativos pasibles de ser impugnados por la pretensión anulatoria, sino de actos que no son administrativos sino actos jurídicos de derecho privado y por contera no ha debido ser pretendida su nulidad, pese a lo cual se impone al usuario de la administración la carga de impugnarlos, carga que, en estricto derecho por todo lo visto, no les habría de corresponder.

La otra dificultad que se afronta es que, a la inversa, en veces se demanda la nulidad de decisiones que no participan de la naturaleza actos de administrativos, no obstante, lo cual el fallador actúa bajo el convencimiento de que lo son y al cabo del proceso los anula, cuestión que a su turno entraña dos problemas:

El primero alude a que, una vez declarada la nulidad del acto, la cual comporta efectos erga omnes y *ex tunc* (Riascos, 2013), en muchos eventos se abre automáticamente la puerta al efecto resarcitorio o restablecedor del daño causado por la decisión anulada.

El segundo se refiere al hecho de que, hasta tanto no se anula la decisión por el estamento judicial, el supuesto acto administrativo continúa revestido de su presunción de legalidad, lo cual comportará implicaciones de índole económico que más adelante serán profundizadas.

Ahora, lo anotado hasta esta altura no equivale a afirmar que, al no ser la decisión adoptada por el ente contratante un acto administrativo, la misma no esté llamada a llevarse al debate judicial en búsqueda del resarcimiento de las consecuencias nocivas que se causaron con su producción.

En efecto, para obtener el restablecimiento del perjuicio irrogado con esa decisión es menester provocar, sino un acercamiento directo, si el movimiento del aparato jurisdiccional. Esta afirmación da cabida al surgimiento de dos posibilidades:

Por un lado, ante la inexistencia del acto sería viable jurídicamente pretender una declaratoria judicial en ese sentido, debido a que no podría argumentarse que la ausencia de

producción de efectos por cuenta de su inexistencia estaría llamada a operar *ipso iure* como se si tratara de una ineficacia de pleno de derecho.

Para que se configure la sanción de ineficacia de pleno de derecho necesariamente se requiere de la existencia de una previsión legal que imponga esa consecuencia respecto de un supuesto fáctico predeterminado por la norma, situación que en el caso no se presenta. En otras palabras, no podría decirse válidamente que el acto dictado en ausencia de función administrativa es inexistente de pleno derecho y desechar sus efectos entre las partes. Por ello es claro que corresponde llevarse al debate judicial en procura de su declaratoria de inexistencia.

El otro camino consistiría en ventilar los efectos desfavorables de esa decisión desde la óptica de la responsabilidad contractual, fenómeno que tendría ocurrencia por la acción u omisión del ente contratante al apartarse eventualmente con esa decisión de los compromisos negociales contraídos en el marco del contrato dispuesto por las partes como vehículo para organizar y satisfacer sus propios intereses (Vidal, 2011), lo cual bien puede cristalizarse a través de su manifestación unilateral de voluntad, a lo que naturalmente habrá de sumarse el análisis de los elementos que la integran tales como el daño y su atribución o imputación al ente contratante ya sea título subjetivo u objetivo.

Como se aprecia, en ninguno de los eventos se sugiere, o siquiera admite, la posibilidad de elevar una pretensión de nulidad; en lo que se enfatiza es en que la decisión en todo caso podrá y deberá ser controvertida a instancia del operador judicial, a través de mecanismos que demandaran un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, ora a través de la pretensión de cumplimiento o de un reconocimiento indemnizatorio por su insatisfacción (Morales, 2006).

Lo dicho, en punto al efecto útil que de esta disertación se quiere dejar sentado, se traduce en que la determinación frente a la naturaleza de la decisión habrá de incidir de manera directa e



inequívoca en el mecanismo procesal al que debe de acudir para controvertir los efectos que de allí se puedan derivar.

Otra incidencia de esta determinación, también en el plano jurídico, se identifica con la facultad que le asiste a la entidad contratante para hacer valer sus efectos frente a su destinatario. Así, si la decisión se adopta en un acto administrativo el mismo prestará mérito ejecutivo y podrá hacerse valer su fuerza vinculante a través de un juicio de ejecución o, incluso, mediante un cobro coactivo en los casos en que la ley lo permite, sin tener que debatir en un juicio declarativo la real y efectiva existencia de la obligación que allí se plasma.

De no serlo, es decir, de constituir un acto jurídico de derecho privado, necesariamente la existencia de la obligación que allí consta a cargo de su contraparte en el marco del contrato deberá declararse previamente por el juez y será, una vez dictada la sentencia, que, a través de la misma, se constriña a su cumplimiento al contratista con génesis en el poder obligatorio del acuerdo comercial de donde emana el derecho a reparar la lesión del interés del acreedor de la obligación insatisfecha (Betti,1969), pero sin que esa fuerza vinculante hubiere nacido desde que surgió la manifestación unilateral de voluntad de la entidad, como si habría de ocurrir en caso de tratarse de un acto administrativo.

ii). - El efecto práctico desde el punto de vista económico guarda relación con la imposibilidad de imputar mora a la Administración cuando quiera que la negativa a un reconocimiento pecuniario se encuentre contenida en un instrumento que goza de la naturaleza de acto administrativo.

En esos casos, según lo determinó el Consejo de Estado en providencia de unificación, no resulta viable predicar retardo en el pago de una suma contenida en un acto administrativo, lo que equivale a la imposibilidad de causar intereses moratorios, a pesar de que la negativa sobre su pago

no haya debido producirse, en tanto al estar condensada esa negativa en esa categoría de acto, se entiende que goza de presunción de legalidad hasta que esta sea desvirtuada a través del respectivo fallo judicial y solo hacia el futuro podría admitirse la existencia de mora frente a la Administración y no antes de la declaratoria de su nulidad.

Para ilustrar esta reflexión conviene citarse a continuación la sentencia proferida el 13 de junio de 2016, exp.48809, por el Consejo de Estado, en la que se hace referencia a la aplicación del fallo de Sala Plena de la Sección Tercera de esa Corporación en los siguientes términos:

“La Sala se abstendrá de reconocer los intereses moratorios deprecados en la demanda, pues con sujeción a la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, en los casos en que la condena es consecuencia directa de la nulidad de un acto administrativo expedido por la entidad estatal contratante, resulta improcedente el reconocimiento de intereses moratorios, en cuanto ha de tenerse en cuenta que hasta antes del momento en que la decisión es anulada por la autoridad judicial competente, no podría predicarse la mora debido a que la decisión que a la postre se anula se encontraba revestida de la presunción de legalidad. Sobre el particular ver sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, 12 de julio de 2012, expediente: 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth”.

Esta postura, en tanto tiene su origen en un precedente dictado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido reiterada en múltiples ocasiones y actualmente conserva su vigencia y rigor.

En esa medida se advierte que admitir de entrada y sin mayor reparo que una decisión de la Administración adoptada en el marco del contrato estatal es un acto administrativo hace que automáticamente aquella se encuentre blindada frente a la posibilidad de imputarse retardo en el

pago o reconocimiento de alguna obligación que allí se niegue y que, a la postre, se establezca por el juez que sí se ha debido pagar, cuestión que no se presenta si la decisión es considerada un acto jurídico de derecho privado de la Administración.

En este último evento, en caso de determinarse que la Administración se negó a un reconocimiento económico frente a una reclamación de su contratista e instrumentó esa negativa en un acto jurídico, que no administrativo, y se resuelve luego que esa abstención en el pago no se encontraba ajustada a derecho, la mora, o mejor la posibilidad de percibir intereses moratorios, ya sea que su función se conciba como la del resarcimiento del daño sufrido por el acreedor (Messineo, 1971) o como una indemnización de perjuicios en desfavor del deudor incumplido (Larenz, 1958), se configurará desde el mismo momento en que se produjo la decisión que, por no ser un acto administrativo no gozaba de la presunción de legalidad que debiera desvirtuarse, y no hasta que se determine por el juez que esa negativa dio lugar a la responsabilidad contractual del contratante por abstenerse al desembolso de lo debido.

Así pues, la existencia de estos dos panoramas denota con claridad las implicaciones que desde el ángulo económico pueden surgir a la hora de identificar la fuente de la reclamación. Es claro que nunca será lo mismo pretender sacar adelante un derecho económico cuya negativa se encuentra vertida en un acto administrativo, que aquella que fue dispuesta como lo haría un particular.

En el primer escenario, la cuantía de la pretensión del afectado con el acto sufriría una merma por cuenta de la vigencia de que goza la presunción de legalidad de la decisión que la contiene, en cuanto solo podría aspirarse al pago de intereses moratorios desde el momento en que se despoje de su velo de validez, es decir, desde la declaratoria judicial de su nulidad y hacia el futuro.

En el segundo, contrario a lo sucedido en precedencia, podría aspirarse al pago y reconocimiento de los intereses moratorios causados desde el momento en que se produjo la negativa por parte del ente contratante. Es desde ahí desde cuando se presentaría la mora por haber incurrido en responsabilidad contractual.

Como síntesis de lo expuesto en este capítulo, puede concluirse que la determinación de la naturaleza de los actos dictados por el ente contratante, además de ser necesaria, despierta efectos pragmáticos tanto jurídicos como económicos.

En el plano jurídico se recuerda que solo son posibles de pretensión anulatoria las decisiones que gocen de la naturaleza de acto administrativo. Las que no tengan esa categoría no podrán ser susceptibles de control de legalidad por esa vía, sin perjuicio de lo cual sus efectos deberán controvertirse mediante su declaratoria de inexistencia o de la responsabilidad contractual que ella pueda desencadenar.

En el ámbito económico la determinación sobre la naturaleza de la decisión incidirá en la cuantía de las pretensiones a incoar, de cara a la posibilidad de perseguir el pago de intereses moratorios, ya sea desde el momento en que se profiere la decisión o desde que se desvirtúe su presunción de legalidad.

## Conclusiones

Como resultado del análisis emprendido a lo largo de este escrito se logró brindar elementos para, desde una óptica jurídica, establecer cómo determinar la verdadera naturaleza de las decisiones adoptadas por las entidades públicas contratantes en el marco de un contrato estatal.

La respuesta a ese interrogante consiste en recorrer los siguientes pasos, en el orden así trazado:

i) distinguir los elementos de la esencia y de la validez del acto administrativo. Si se reúnen, los primeros, la decisión de la entidad contratante, en efecto, tendrá la naturaleza de acto administrativo; a falta de alguno de ellos, la naturaleza de la decisión del ente contratante será otro tipo de manifestación de voluntad de la Administración, como actos jurídicos civiles o mercantiles pero no acto administrativo; en cambio, si de lo que adolece es de los elementos de validez, la naturaleza de la decisión será la de acto administrativo pero tendrá vocación de ser anulado por inválido; ii) al adentrarse en el examen de si se reúnen los elementos de la esencia del acto, debe revisarse con especial detalle aquel de conformidad con el cual la decisión es proferida en ejercicio de función administrativa, para cuyo esclarecimiento o identificación debe determinarse si existe o no habilitación legal para adoptar la decisión específica en un plano de superioridad del ente contratante frente al contratista particular; iii) en defecto, la ausencia de habilitación legal se equiparará a ausencia de función administrativa que llevará a la inexistencia del acto administrativo y a que la decisión de la administración no tenga esa naturaleza; iv) la ausencia de habilitación legal para expedir la decisión no puede confundirse con la falta de competencia por razón de la materia; el primero se identifica con la facultad legal expresa a la Administración para actuar en un plano de imperio mediante un acto ejecutorio y ejecutivo, mientras que el segundo

guarda relación con la capacidad de las entidades para proferir decisiones en el marco comercial y que se encuentren en conexión con el cometido misional del ente que la profiere y con la dinámica contractual de cualquier acuerdo de voluntades, competencia cuya génesis normativa se halla en las normas constitucionales y legales que dotan a la administración de la facultad de celebrar contratos para el cumplimiento de sus fines estatales.

Para dotar de sustento lo anterior, en el primer capítulo de este documento se partió por señalar que lo primero que cobra relevancia determinar es que unos son los elementos de la validez de un acto administrativo y otros los que aluden a su esencia y/o existencia. En el primer grupo encontramos: i) la sujeción a las normas que le sirvan de sustento; ii) la competencia del órgano o funcionario que lo profiere; iii) la subordinación al debido proceso en su expedición; iv) la causa y v) la finalidad. La anomalía en la configuración de alguno de estos dará lugar a la nulidad del acto por los vicios exhaustivamente contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y dará paso al restablecimiento del derecho que se hubiera visto menoscabado.

Los de su esencia son aquellos que no se vinculan con las condiciones de su validez, pero a falta de los cuales el acto no existiría o degeneraría en otro de tipo de instrumento jurídico y corresponden a los que a continuación se enlistan: i) manifestación unilateral de voluntad de la Administración; ii) dictada en ejercicio de una función administrativa, iii) dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica de carácter general o particular. La ausencia de uno de ellos desencadenará en la inexistencia del acto administrativo, lo que a su turno comportará la ausencia de producción de efectos, sin perjuicio de lo cual en todo caso requerirá de pronunciamiento judicial en ese sentido.

Despejado lo anterior, a continuación se profundizó acerca de uno de los elementos de la esencia del acto administrativo atinente a la función administrativa envuelta en su expedición, porque a partir del hallazgo de este resulta viable concluir si el acto existe como acto administrativo o nunca nació a la vida jurídica. Para la búsqueda de este elemento de su esencia, se descartó la tesis de un criterio orgánico con el argumento de que no siempre las entidades públicas en su actuación contractual ejercen función administrativa, dado que existen manifestaciones unilaterales que no se profieren en ese ámbito. Se precisó también que ello no depende del régimen jurídico que ha regir la relación contractual en cuyo marco se emite la decisión, puesto que, incluso, en la esfera del derecho privado, la entidad contratante puede dictar actos administrativos o, la inversa, estando sometida al derecho público, no siempre está facultada para hacerlo.

Así pues, la determinación de cuándo se está en presencia de la función administrativa como elemento de la esencia del acto administrativo debe estructurarse sobre la base de que aquella es una manifestación del principio de legalidad. Dicho de otro modo, es la ley la que, de manera expresa, directa e inequívoca reviste a la Administración contratante de ese poder de imperio, cuestión que se concreta a través de la habilitación legal para expedir actos administrativos sobre determinadas materias negociales.

La premisa sentada, a su turno, puso de manifiesto la necesidad de diferenciar la función administrativa como elemento de la esencia del acto administrativo y la competencia por razón de la materia como factor de su validez, dado que, a partir de esta precisa distinción, es que está llamada a superarse la mayor dificultad que se afronta para concluir si una decisión de la Administración contratante corresponde o no a un acto administrativo.

Con ese propósito, en el tercer capítulo de este escrito se advirtió que la habitación legal que brinda el ordenamiento para ejercer determinada potestad en materia de contratación estatal

no se traduce en otorgamiento de competencia por razón de la materia para dictarla, habida cuenta de que la competencia por razón de la materia se origina en las normas constitucionales y legales a las que se hizo expresa mención en el acápite correspondiente, de las que nace la posibilidad de adoptar decisiones en el ámbito contractual del Estado, por manera que la falta de una autorización normativa específica no podría acarrear la nulidad de la decisión por la supuesta ausencia de competencia.

Siguiendo esa lógica, se indicó que la finalidad o la razón de ser de esa habilitación legal específica no es otra que revestir al ente contratante de función administrativa para dictar una decisión en un plano de superioridad frente a su cocontratante. Es por esta razón que la decisión que en ese escenario se profiera y gracias a esa habilitación legal que activará el ejercicio de la función administrativa será un acto administrativo, siempre que se reúnan los demás elementos de su esencia. La falta de autorización legal para emitirlo en el ámbito negocial conducirá a la inexistencia del acto administrativo por falta de función administrativa en su ejercicio, sin que ello obste para que degenera en otro tipo de acto, como en un acto jurídico de derecho privado de la administración.

Así pues, para identificar la naturaleza de la decisión proveniente del ente contratante, resultará fundamental indagar si fue expedida en ejercicio de función administrativa, cometido para el que es necesario revisar si existe una habilitación legal específica para adoptar ese tipo de decisión en posición de autoridad. La ausencia de esa autorización normativa redundará en la inexistencia del acto administrativo, así concebido.

La relevancia de delimitar la naturaleza de la decisión adoptada por el ente contratante radica en la incidencia jurídica y económica que comporta.



En lo que hace al aspecto jurídico, ello influirá en la escogencia de la pretensión procedente para enjuiciar sus efectos y obtener un fallo de mérito. Además, determinará, si desde la óptica de la Administración contratante la decisión puede resultar vinculante para su destinatario sin acudir a la jurisdicción o, si, por el contrario, su carácter obligatorio dependerá de lo que se decida en el debate judicial en medio del cual debe ser ventilada y controvertida.

Su impacto en el ámbito económico estribará en que la cuantía de las pretensiones a incoar para combatir los efectos de la decisión podrá verse engrosada ante la posibilidad de solicitar el pago de intereses moratorios por la negativa al reconocimiento de una suma de dinero contenida en un instrumento que no es un acto administrativo o podrá verse mermada en el determinado evento en que el acto depositario de esa negativa si lo sea, caso en el cual no podría predicarse la mora hasta tanto se desvirtúe su presunción de legalidad.

## Bibliografía

- Alessi, R, (1974), *Principi di diritto amministrativo italiano*. Milán: Dott. A. Giuffrè – Editore.
- Berçaitz, M, (1980), *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Betti, E, (1969), *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bielsa, R, (1964) *Derecho Administrativo - Tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Coing, H, (1966), *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Comadira, J, (2004) *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires: La Ley.
- Coscolluela, L, (2015), *Manual de derecho administrativo*. Pamplona: Editorial Civitas.
- Claro Solar, L, (1978), *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile – Temis.
- Dávila, L, (2017), *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Legis.
- De Laubadere, A, (1956), *El acto administrativo*. Buenos Aires: Editorial Tea.
- Diez, M, (1961), *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipografía editora Argentina S.A.
- Escobar, R, (1999), *Teoría general de los contratos de la administración*. Bogotá: Editorial Legis.
- Escola, J, (1977), *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Forsthoff, E, (1958), *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Fragua, G, (2019), *Derecho administrativo*. México: Editorial Porrúa México.
- Gallego, A. Menéndez, A (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

- Gascón y Marín, J, (1929), *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Imprenta clásica española.
- Gordillo, A, (2004), *Tratado de derecho administrativo – Tomo 3 – el acto administrativo*. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo.
- Japiot, R, (1909), *Des nullités en matiere d’actes jhuridiques*. Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.
- Jellinek, W, (1931), *Verwaltungsrecht*. Berlín – Heidelberg: Hrsg. Kohlrausch, Eduard, Kaskel, Walter, Spiethoff.
- Larenz, K, (1958), *Derecho de las obligaciones*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Marienhoff, M, (2003), *Tratado de derecho administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Martínez, R, (2007), *Derecho administrativo 1er curso*. Mexico D.F: Oxford University Press.
- Maurer, H, (2012), *Derecho Administrativo Alemán*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mayer, O, (1982), *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Mazeaud, H,L y J, (1962), *Lecons de droit civil*. Paris: Editions Montchrestien.
- Messineo, F, (1971), *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Morales, A, (2006) *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra: Editorial Civitas.
- Morand- Deviller,J, (2017), *Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Ortega, L, (2018), *El acto administrativo en los procesos y procedimientos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Penagos, G, (1994), *Derecho administrativo. Tomo I*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional.

Ramon, A, (1978), *Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado del Derecho- Curso Internacional el derecho administrativo en América Latina*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Rodríguez, (2004), *Inexistencia y nulidad en el Código Civil Chileno*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Riascos, O, (2001), *El acto y el procedimiento administrativo en el derecho colombiano*. Pasto: Editorial La Castellana.

Riascos, O, (2013), *El acto administrativo*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Romano, S, (2010), *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Reus.

Sánchez, C, (2004), *Acto administrativo teoría general*. Bogotá: Editorial Legis.

Santofimio, J, (2007), *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Savatier, R, (1979), *La theorie des obligatios en droit prive economique*. Paris: Dalloz.

Solano, J. *Contratación administrativa* (1994). Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.

Vedel, G, (1992). *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France.

## Artículos

Baraona, J, (2007). La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos en el Código Civil: son tan distintas. *Revista chilena de derecho privado* (8), 56-106.

Errera, A, (2016). Entre analogía legis y analogía iuris: Boloña contra Orleans. *Revista de derecho privado* (30), 17-51

Guillén, J, (2004). Delegación y avocación de competencias. Conflictos de atribuciones intraministeriales. *Revista parlamentaria de la asamblea de Madrid*. (2). 613-620.

Hinestrosa, F. (1999). Eficacia e ineficacia del contrato. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX Chile*. 143-161.

Palacio, M. (2002). Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho Público*, 14(31),19-33.

Sánchez, N, (2015). Los motivos y las finalidades de la acción de nulidad y de la acción nulidad y restablecimiento del derecho: el debate subsiste. *Revista virtual Vian Inveniendi et lucidandi*, 10(1), 119-152.

Sarria, C, (2010), Acciones pretensivas contencioso administrativas? *Revista digital de derecho administrativo*, (4), 77-108.

Soto, E. (1988). La invalidación de los actos administrativos. *Revista de derecho y jurisprudencia*. (3), 157-167.

Valencia, D. (2014). Descentralización y recentralización del poder en Colombia. La búsqueda de equilibrios entre la nación y las entidades territoriales. *Dikaion – Universidad de la Sabana*. 1(23), 171-194.

Vidal, A, (2011), El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contrato español. *Revista chilena de derecho privado*. (16), 243-302.

### **Jurisprudencia consultada**

Consejo de Estado. (12 de febrero de 2014). Sentencia 28.209

Consejo de Estado. (15 de octubre de 2015). Sentencia 35.213

Consejo de Estado. (29 de agosto de 2016). Sentencia 34.907

Consejo de Estado. (3 de agosto de 2017). Sentencia 36.026

Consejo de Estado. (30 de agosto de 2017). Sentencia 47.082

Consejo de Estado. (14 de septiembre de 2017). Sentencia 48.108

Consejo de Estado. (10 de noviembre de 2005). Sentencia 13.920

Consejo de Estado. (27 de noviembre de 2013). Sentencia 31431

Consejo de Estado. (10 de marzo de 2005). Sentencia 14.853

Consejo de Estado. (12 de febrero de 2014). Sentencia 28.209

Consejo de Estado. (14 de octubre de 2015). Sentencia 32.800

Consejo de Estado. (12 de diciembre de 2019). Sentencia 60.558

Consejo de Estado. (24 de octubre de 2016). Sentencia 45.607

Consejo de Estado. (19 de junio de 2019). Sentencia 39.800

Consejo de Estado. (4 de julio de 2018). Sentencia 54.688

Consejo de Estado. (14 de septiembre de 2016). Sentencia 50.907

Consejo de Estado. (8 de noviembre de 2016). Sentencia 51.192

Consejo de Estado. (13 de noviembre de 2018). Sentencia 55.230

Consejo de Estado. (25 de julio de 2019). Sentencia 51.772.

Consejo de Estado. (7 de abril de 2011). Sentencia, 25000-23-24-000-2000-00016-01(AG),

Consejo de Estado. (13 de junio de 2016). Sentencia, 48.809