

EL CONTRATO COMO ACTO ADMINISTRATIVO: UNA NUEVA TEORÍA QUE DETERMINA SU CONTROL DE LEGALIDAD.

CONTRACT AS ACT OF ADMINISTRATION: A NEW THEORY TO DETERMINE THE CONTROL OF LEGALITY.

*Ph. D. Ciro Nolberto Güecha Medina**

Fecha de recepción: 03-09-10

Fecha de aprobación: 12-11-10

RESUMEN**

Los contratos administrativos, constituyen un mecanismo de actuación de la administración, que se caracterizan por la bilateralidad de los mismos y en esta medida, se les ha distinguido de los actos estrictamente unilaterales; pero este criterio no es tan acertado como se ha venido mostrando, en la medida que los contratos poseen la naturaleza de actos administrativos y los atributos de los actos estrictamente unilaterales, son plenamente aplicables a los mismos.

En efecto, la distinción tradicional entre acto administrativo y contrato, ya no resiste mayor argumentación, a partir de la consagración que actualmente hace el Estatuto Contractual, el derecho comparado. Lo anterior permitirá unificar el control de legalidad y así evitar que en ocasiones no se hagan efectivos los derechos por el simple formalismo del control de legalidad.

PALABRAS CLAVE

Contrato, acto administrativo, unilateral, bilateral, control, legalidad.

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo U. Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo, U. Salamanca España, Magíster Derecho Procesal, U. Libre Bogotá, Magíster Derecho Administrativo, U. Rosario Bogotá, Doctor en Derecho U. Externado de Colombia, Doctorado en Derecho U. Alfonso X España. Decano Facultad de Derecho USTA Tunja, Líder Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas Facultad de Derecho, Categoría "A" en Colciencias. Email cguecha@ustatunja.edu.co, tel. 7440404 ext. 31020 Tunja.

** Artículo de investigación científica y tecnológica, resultado del proyecto terminado "Responsabilidad del estado en la contratación por actos de corrupción", vinculado a la línea de investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás de Tunja.

Método: Análisis Jurídico, tomando como fuentes directas la jurisprudencia del Consejo de Estado tras la configuración conceptual y teórica pertinente.

ABSTRACT

Administrative contracts are a component of performance management, which are characterized by bilaterality of these, and in this way, they have been strictly distinguished of unilateral acts, but this criterion is not as successful as has been shown, to the extent, that contracts have the nature of administrative acts, and attributes of strictly unilateral acts are fully applicable to them.

Indeed, the traditional distinction between administrative act and contract, doesn't have a great argumentation anymore, from the consecration which currently makes the contractual status, comparative law. This will unify the control of legality and it will prevent that in some occasions, rights can't be effective for the mere formality of legality.

KEYWORDS

Contract, administrative act, unilateral, bilateral, control, legal.

RÉSUMÉ

Les contrats administratifs sont une composante de la gestion publique, qui sont caractérisés par la nature bilatérale d'entre eux et dans cette mesure, ont été distingués des actes unilatéraux au sens strict, mais ce critère n'est pas le succès qu'elle a été démontrant, dans la mesure où les contrats ont la nature d'actes administratifs et les attributs d'un acte purement unilatéral sont pleinement applicables à eux.

En effet, la distinction traditionnelle entre l'acte administratif et le contrat, ne résiste pas à un argument majeur de la dédicace que fait actuellement le statut contractuel, droit comparé. Ce sera d'unifier le contrôle de légalité et d'éviter que, parfois, ne réalisent pas les droits pour le formalisme simple de la légalité.

MOTS CLÉS

Contrat, l'action administrative, unilatérales, bilatérales, contrôle, d'avocats.

SUMARIO

1. Metodología **2.** Introducción **3.** Resultados **3.1.** Generalidades del contrato como acto administrativo **3.2.** Los actos administrativos bilaterales y su expresión en los contratos administrativos **3.3.** La identidad de atributos entre los contratos y los actos administrativos unilaterales **3.3.1.** El contrato y su presunción de legalidad **3.3.2.** La ejecución oficiosa de los contratos administrativos **3.3.3.** Los contratos administrativos, son susceptibles de revocación **3.3.4.** La estabilidad no es extraña a los contratos administrativos **4.** Conclusiones **5.** Referencias bibliográficas.

METODOLOGÍA

La investigación se enmarca en una metodología analítica descriptiva, pero con un contenido jurídico propositivo, donde el estado del arte se organiza doctrinalmente, nacional y europea continental, que sirve de herramienta analítica para el trabajo con fuentes normativas, lo cual nos permitirá tomar los conceptos generales construidos en la primera parte y valorar las normas positivas para examinar su precisión y poder a partir de esto ser constructivos en el desarrollo de la doctrina y conceptualización del derecho administrativo .

1. INTRODUCCIÓN

La noción clásica de acto administrativo, se ha determinado por la naturaleza unilateral del mismo, diferencian dolo de esta manera de los contratos, por el carácter bilateral de estos. Y así, el control de legalidad se ha determinado por dicha diferenciación, otorgándole a las acciones de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho el control respecto de los actos unilaterales y la acción contractual para los contratos, con la salvedad de que existen algunos actos unilaterales, que por dictarse en la etapa contractual, son susceptibles de la acción propia de los contratos.

Así las cosas, la ponencia pretende mostrar que los contratos tienen la naturaleza de actos administrativos y de esta manera, no hay justificación para que exista pluralidad de acciones en su control de legalidad, siendo las acciones de legalidad las que deben controlar tanto los actos contratos como los actos administrativos estrictamente unilaterales.

2. RESULTADOS

2.1. GENERALIDADES DEL CONTRATO COMO ACTO ADMINISTRATIVO.

Podemos afirmar, que los contratos administrativos, constituyen función administrativa, la cual en términos generales se expresa a través de actos administrativos; que de acuerdo a la teoría general de los mismos, implica decisiones de la Administración o de la ley que en principio son unilaterales¹, y que constituyen la esencia no sólo de dicha función sino del derecho administrativo en general (MAYER, O.; 1982)².

Pero la actividad administrativa, reflejada inicialmente en actos administrativos unilaterales, no es exclusiva, sino que se manifiesta a través de otras formas de actuación (RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,

¹ *Así lo conciben tratadistas tan importantes como: De LAUBADERE, RIVERO, VEDEL, DUPUIS, DROMI y otros, con el fundamento, que en la decisión de la Administración sólo interviene la voluntad de la propia Administración y no la del particular.*

² *MAYER, Otto (1982, p.125), percibe, que el derecho administrativo está dominado por el acto administrativo, por lo que se debe estudiar su naturaleza particular, si se desea comprender el derecho administrativo moderno.*

L. 2005)³, dentro de las cuales podemos incluir los contratos⁴. Circunstancia que nos obliga a determinar, cual es la naturaleza del contrato administrativo; y en estas condiciones, establecer si lo podemos identificar como acto administrativo o si por el contrario, debemos incluirlo dentro del ámbito de los actos jurídicos y así establecer un control de legalidad adecuado.

Las decisiones unilaterales de la Administración o de la ley, producen efectos jurídicos, en la medida que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas determinadas; circunstancia que también ocurre en el caso de los contratos que celebra la Administración, en la medida que el acuerdo surgido entre las partes, crea, extingue o modifica situaciones jurídicas. Argumentaciones éstas, que nos permiten establecer tanto en los actos estrictamente unilaterales como en los contratos de la Administración, referencias que los identifican; razón por la cual es pertinente encaminar el estudio en la clarificación de la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, para así poder ubicarlos en qué ámbito de la actividad administrativa se encuentran y poder formalizar qué control opera sobre los mismos y sobre los actos que se dictan como consecuencia de ellos y

de la actividad contractual pública.

El acto administrativo unilateral como expresión típica de la actividad de la Administración, se ha identificado con la facultad de imposición de la misma, la cual es obligatoria para los administrados, asimilando el acto administrativo con la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, circunstancia que no es tan clara como puede parecer, en la medida que no siempre la actividad administrativa se surte a través de imposiciones unilaterales, sino que por el contrario, en ocasiones se refleja por intermedio de actuaciones que no nacen del poder de imperium, sino del acuerdo, como en el caso del contrato (GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ, Rexach. (2001)⁵.

Así, la noción de acto administrativo y contrato, se han visto separadas, con fundamento en el poder público que se ejerce en la actividad unilateral y el acuerdo que se expresa en el contrato, lo que supuestamente identifican a uno y otro; pero que, más que tener un sustento argumentativo de categorización como mecanismos de actuación diferentes; los ha separado entre otras cosas, el momento histórico en que han llegado al derecho administrativo (RODRÍGUEZ

³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (2005. pág. 218) refiere como mecanismos jurídicos de actuación de la Administración: los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones administrativas.

⁴ Como expresión de la voluntad de las partes intervinientes, que generan obligaciones para las mismas.

⁵ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH (2001, pág. 23) lo muestran de esta manera cuando expresan: ...no toda la actividad administrativa se lleva a cabo mediante el ejercicio unilateral de imperium o poder público en sentido estricto.

RODRÍGUEZ, L.; 1983)⁶, ya que el acto administrativo unilateral, se ha identificado como la expresión clásica del derecho administrativo, lo que se puede ver en la construcción que del mismo hizo MAYER OTTO (1895), al identificar ambos conceptos, y surgir en una forma de Estado, inmersa dentro de la noción de poder público, donde la expresión de voluntad de la Administración se manifiesta en la imposición del Estado frente al particular⁷.

En efecto, en principio la noción de poder público es la que determina el concepto de derecho y acto administrativo, estableciendo la diferenciación entre acto y contrato, a partir de la posición de la Administración en uno y otro, con fundamento en la institución de los actos de autoridad y los actos de gestión. Es así como, se consideraban

actos de autoridad aquellos en donde la Administración estaba en un plano de desigualdad superior frente al particular y se imponía al administrado como consecuencia de su poder de imperium, siendo el ejemplo clásico de los mismos el acto administrativo; por su parte, los actos de gestión implicaban un plano de igualdad entre la Administración y el particular, constituyendo el contrato la muestra clara de ellos, con fundamento en el acuerdo que debía existir para su formación⁸.

Pero la noción de poder público, es sustituida por la de servicio público, la cual se relacionaba con el interés general y donde el acto vinculado con el mismo se debe considerar administrativo, incluyendo tanto a los actos estrictamente unilaterales como a los contratos⁹ y sus controversias

⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (1983, pág. 105), Plantea el concepto del contrato como acto administrativo y se refiere a las ambigüedades frente a la noción de acto administrativo, así: Iniciado el análisis del primer punto para saber si el contrato es un acto administrativo o no, debemos decir que la ambigüedad y las dudas tienen una explicación histórica. En efecto, el contrato de la administración ha caído dentro del campo de acción del derecho administrativo, en una época relativamente reciente, es decir, que en las primeras épocas de evolución del derecho administrativo no se considera como objeto de esta rama del derecho.

⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. (1983, Pag. 105), identifica las etapas de evolución del derecho administrativo, así: Dentro de una clasificación clásica que se hace de las etapas de evolución del derecho administrativo, encontramos que básicamente se distinguen tres etapas. La primera fue la etapa en la cual el campo de acción y la noción misma del derecho administrativo giraron alrededor de la noción de poder público; una segunda etapa en la cual el derecho administrativo y su aplicación giraron alrededor del servicio público y una tercera etapa que se conoce como la etapa de la crisis de la noción de servicio público.

⁸ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. (2003, pág. 113), muestra como en los actos de autoridad, la Administración no perdía su condición de sujeto de derecho público y su actuación era producto del poder público que le asistía; por el contrario, en los actos de gestión la Administración se despojaba de su poder de imperium y se colocaba al mismo nivel de los particulares y en igualdad de condiciones; distinción que servía además, para establecer la jurisdicción competente para conocer los conflictos surgidos en uno y otro caso, así, la contencioso administrativa en los actos de autoridad y la ordinaria en el de los actos de gestión.

⁹ GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO. en cita que hace EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. (2003, pág. 110), expresa el carácter administrativo de los contratos, cuando consigna: esos contratos, en la medida en que están vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos, no son verdaderos contratos de Derecho Civil, sino figuras institucionales pertenecientes al derecho administrativo.

conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa, lo que determinaba que la distinción entre acto administrativo y contrato no se podía tener por sustentada en el criterio de poder público de la Administración, como se hacía en la primera etapa de categorización del acto unilateral y del contrato y que la debemos tener por aceptada hoy día, para indicar que el contrato es acto administrativo; es decir, que existen actos unilaterales y bilaterales con el carácter de administrativos.

No tiene ninguna justificación hablar que se debe distinguir el acto administrativo del contrato, por la unilateralidad del mismo, porque incluso los llamados actos administrativos unilaterales incluyen bilateralidad, como lo expresa el profesor RODRÍGUEZ Libardo (1983, Pág.112), quien aceptando que el contrato es acto administrativo, dice:

“Obviamente también es una clasificación de sentido práctico, porque en un Estado de Derecho, aún los actos unilaterales, si uno se pusiera a hacer análisis filosóficos y políticos, implicarían un acuerdo de voluntades original mediante el cual a través de las elecciones, los gobernados estarían autorizando a los gobernantes para tomar esas decisiones pero aquí lo que se mira es el acuerdo inmediato, de tal manera que la existencia de ese acuerdo inmediato en el sentido

de que la administración toma las decisiones sin que sean el resultado de un convenio con los particulares, hace que ellas adquieran la calidad de actos administrativos unilaterales”.

Por otra parte, la definición que hace la Ley 80 de 1993 del contrato de la Administración, se determina dentro de la noción de acto jurídico generador de obligaciones¹⁰, constituyendo una definición confusa para alguna parte de la doctrina, por no contener el elemento definidor de los contratos como es el acuerdo (EXPÓSITO VÉLEZ, J. C. 2003); pero, más que ser una definición ambigua de contrato, lo que el Estatuto Contractual está haciendo es identificarlo con la noción de acto administrativo, pues lo enmarca dentro de los actos de la Administración con categoría unilateral, pero que necesitan del acuerdo para su existencia.

Significa lo anterior, que ya no es la unilateralidad o la bilateralidad lo que impide que el contrato sea acto administrativo, porque el propio Estatuto Contractual al definirlo, lo concibe como acto unilateral, pero que de todas maneras necesita del acuerdo para su existencia y efectos, dando lugar a que tengan el carácter de contrato, actos de naturaleza unilateral al igual que de naturaleza bilateral.

En efecto, la noción de acto jurídico,

¹⁰ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dice: De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad....

permite incluir actos unilaterales como bilaterales, en la generación de obligaciones y la muestra clara de estos últimos es el contrato (DUSSÁN HITSCHERCH, J. 2005. p. 148), que incluso, se puede concebir como una voluntad única, al concurrir las voluntades de cada una de las partes en un solo querer que se refleja en el mismo¹¹; pero además, es preciso indicar, que los denominados actos estrictamente unilaterales, en determinados momentos necesitan de la concurrencia del particular para su existencia y que la doctrina española los incluye en las denominadas resoluciones administrativas de colaboración¹².

De igual manera y para identificar actos unilaterales y bilaterales con efectos de obligaciones contractuales, el Estatuto de Contratación en determinados eventos hace referencia a la noción de contrato y de licencia para referirse a las autorizaciones en asuntos de telecomunicaciones, sin distinguir si se trata de acto administrativo o contrato, dándole un carácter similar a uno y otro. El artículo 33 de la ley 80 de 1993 establece que los servicios

y actividades de telecomunicaciones, serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias de las entidades competentes; las cuales de todas maneras, necesitan la aceptación del particular para que surjan las obligaciones o derechos contenidos en la misma y así, podemos estar en lo que la doctrina española considera actos administrativos unilaterales que necesitan de aceptación o el sistema francés llama actos unilaterales negociados.

Pero la unilateralidad con efectos bilaterales, se presenta no solo en el ordenamiento jurídico colombiano, sino igualmente en el derecho español, donde el acto de adjudicación perfecciona el contrato, siendo éste un acto de carácter unilateral, porque es la voluntad de la Administración o de la ley la que interviene en la expedición del mismo, el cual tiene naturaleza bilateral, en cuanto a que perfecciona el contrato, que constituye el acto donde se refleja el acuerdo de voluntades, requisito esencial para que exista.

¹¹ Con OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. (1973, pág. 148) , quienes lo expresan así: El precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unilaterales complejos) es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión consentimiento (del latín *cum sentire*), que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (*in idem placitum*).

¹² GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH Ángel. (2001 pág. 28), lo presentan de esta manera: Este planteamiento, sin embargo, presenta algunos matices, ya que, por un lado, los destinatarios de resoluciones administrativas participan en determinados casos en la definición de la relación jurídica (por ejemplo, actos declarativos de derechos de carácter discrecional): se trata de las denominadas resoluciones administrativas necesitadas de colaboración. Por otro lado, la previsión legal de los pliegos generales de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas en los contratos de la Administración impide afirmar sin matices el juego de la autonomía de la voluntad de los particulares que contratan con la Administración en la definición del contenido de la relación jurídica contractual.

Es así que, el perfeccionamiento del contrato al contrario de lo que ocurre en Colombia, en el derecho español se da con el acto de adjudicación definitiva y la celebración del documento contrato es solo para formalizarlo¹³, así como para efectos probatorios, pero no como un requisito de existencia y validez del acto¹⁴; lo que implica, que la celebración del documento contrato, constituye un requisito para la eficacia del contrato, pues su ejecución no se puede iniciar si no se ha formalizado el mismo.

La doctrina española actual, yendo más allá de la concepción del contrato como acto administrativo bilateral que planteó de tiempo atrás GARRIDO FALLA y sobre la cual haremos un análisis más detallado en acápite posteriores, cuando nos referiremos al contrato en su naturaleza de acto administrativo bilateral o consensual, concibe el contrato de la Administración como acto administrativo unilateral, con fundamento en que la adjudicación es un acto unilateral que necesita de aceptación, lo cual supone que el contrato se perfecciona con un acto unilateral de efectos bilaterales; postura que defiende MARTINEZ LOPEZ - Muñis, quien expuso su postura en el libro en homenaje a MARIENHOFF y que es confirmada por doctrinantes como IÑIGO SANZ, en el ámbito de la doctrina jurídica española y el profesor VÍCTOR

BACA ONETO, en el marco jurídico peruano, quien realizó tesis doctoral sobre la validez del contrato público, en referencia al sistema jurídico español.

Por otra parte, en la teoría jurídica francesa la definición más simple de contrato es legal, donde dos o más personas materializan un acuerdo de voluntades, en el que establecen y aceptan obligaciones y derechos derivados del mismo, aceptándose el criterio que el contrato se inscribe dentro de la noción de acto jurídico de voluntad, encaminado a producir efectos jurídicos y es el Consejo de Estado Francés, quien a principios del siglo veinte estableció la noción de contrato administrativo, como una categoría jurídica que es considerado acto administrativo, por la doctrina francesa.

En efecto, se habla de la naturaleza contractual de los actos administrativos para referirse a los contratos que celebra la Administración, siendo los elementos que caracterizan al contrato, los que permiten determinar que esta categoría de actuación de la Administración se puede ubicar dentro de los actos administrativos (GUETTIER, Christophe. 2005).

La definición que el Código Civil Francés hace de contrato, se determina por

¹³ El artículo 140 de la Ley 30 de 2007 de contratos del sector público de España, al referirse a la formalización del contrato dice: "1. Los contratos que celebren las administraciones públicas deberá formalizarse en documento administrativo dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación definitiva, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos".

el acuerdo de voluntades que genera obligaciones de dar hacer o no hacer, definición que es aplicable a los contratos que celebra la Administración¹⁵, conteniendo dos elementos característicos como son: ser el contrato un acto creador de obligaciones jurídicas y provenir del acuerdo de voluntades (GUETTIER, Christophe.; 2005. pág. 54); lo que implica que el mismo se puede involucrar en la noción de acto administrativo en cuanto a que uno y otro establece obligaciones y derechos y que frente a la característica de las prerrogativas de poder público de la Administración, que supuestamente son propias para los actos administrativos unilaterales, también lo son de los contratos administrativos (GUETTIER, Christophe. 2005. pág. 64)¹⁶, pero además, porque en el contrato como en el acto administrativo unilateral, se presentan regulaciones legales, las cuales se incluyen en las denominadas cláusulas reglamentarias, como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos, que al incluir las mismas, es considerado como un acto mixto (GUGLIELMI, Gilles y KOUBI, Genevieve; 2007), lo cual permite observar, que existe una estrecha relación entre los actos unilaterales y

el contrato como modalidades de actos administrativos, tal es así que los actos unilaterales están inmersos en los contratos¹⁷.

Pero además, alguna parte de la doctrina llega a confundir el acto administrativo unilateral y el contrato, como ocurre con los actos unilaterales negociados (MODERNE, Franck 1975, pág. 505), en donde las imposiciones de la Administración necesitan del acuerdo con el particular, pero se consideran actos administrativos unilaterales (Consejo de Estado Frances, 1973); lo que significa que los actos unilaterales en un momento determinado sean considerados contratos, por la necesidad de concurrencia del particular en la formación del mismo, cuando expresa su voluntad de negociación o como lo expresa la doctrina española, al referirse al contrato como acto administrativo unilateral.

Es notorio que la doctrina francesa concibe el contrato como acto administrativo, tal es así, que doctrinantes como el profesor GILLES GUGLIEL de la Universidad de Paris II, es claro en determinar que el contrato tiene la naturaleza de acto administrativo, como lo ha indicado

¹⁵ La definición de contrato está contenida en el artículo 1101 del Código Civil Francés.

¹⁶ GUETTIER, Christophe (2005 pág.64), a quien venimos siguiendo en este asunto, lo muestra cuando dice: « D'abord, on observe que l'acte unilatéral est déjà présent à la périphérie du contrat. Ainsi, au stade de la conclusion du contrat interviennent des actes détachables émanant de l'autorité compétente pour conclure le contrat ou de l'autorité éventuellement chargée d'approuver le contrat. De meme, au stade de l'exécution du contrat, l'administration dispose du pouvoir d'émettre des actes unilatéraux (sanctions, modifications unilatérales de certaines clauses, etc.).».

¹⁷ RICHER Laurent. (2004, pág. 60), lo muestra así cuando dice: « Le pouvoir de décision unilatérale étroitement mêlé à la vie du contrat...mais l'acte unilatéral n'est pas présent seulement à la périphérie du contrat, il s'imisce jusque dans les clauses et les effets du contrat: certains contrats comportent des clauses réglementaires, d'autres produisent des effets réglementaires.».

en tertulias académicas, que a través de los nuevos medios de comunicación hemos mantenido vía Internet, cuando expresa:

“(Point de vue de la théorie juridique française) La définition la plus simple du contrat est: acte juridique par lequel deux personnes au moins matérialisent l'accord de leurs volontés sur un change et acceptent en conséquence les droits et obligations qui en résultent. Le contrat se situe donc dans la catégorie théorique de l'acte juridique = manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. Ceci est considéré comme vrai quel que soit le type de contrat.

Le Conseil d'Etat français a par ailleurs inventé au début du 20^e siècle la notion de contrat administratif, comme catégorie juridique particulière, relevant de la compétence exclusive du juge administratif.

Dès lors, le contrat administratif a été naturellement considéré comme un acte administratif. Il n'y a pas d'étude spécifique sur ce classement (implicite et naturel), qui résulte de grands mouvements historiques autonomes. Il y en a en revanche une quantité sur la distinction entre acte administratif unilatéral et contrat administratif.”

Así, la distinción entre contrato y acto administrativo, no resiste mayor argumentación y por el contrario los fundamentos para determinar que el

contrato es acto administrativo, están claramente establecidos, no sólo en el sistema jurídico colombiano, sino en ordenamientos como el español y el francés, de tanta tradición dentro del derecho administrativo, lo que nos permite afirmar que el contrato es acto administrativo, como lo pasamos a indicar en el acápite siguiente, en donde hacemos otras reflexiones para confirmar la posición; pero además, indicamos la teoría alemana en donde el acto administrativo se concibe en la expresión de voluntad de la ley y analizamos cómo los atributos de los actos unilaterales son aplicables a los contratos, terminando con una reflexión de a qué clase de acto administrativo corresponde el contrato.

2.2. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS BILATERALES Y SU EXPRESIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Como se indicó, en principio, sería claro delimitar la naturaleza jurídica de las decisiones unilaterales de la Administración o de la ley como actos administrativos, en la medida que sólo interviene la voluntad de la misma para su formación y de los contratos que celebra la Administración, como simples actos jurídicos generadores de efectos, donde para su formación interviene tanto la voluntad de la Administración como la del particular¹⁸; hecho que no es tan sencillo, pues se estaría sólo ante un evento como criterio

¹⁸ Recordemos que en el acto administrativo unilateral, es la voluntad de la Administración o de la ley la que genera los efectos; mientras que en los contratos, es la conjugación de las voluntades, la que produce los mismos.

diferenciador de uno y otro, como es el de la voluntad generadora del acto o del contrato; desconociendo otros aspectos igualmente importantes para la identificación, como son los efectos del acto y el procedimiento para su formación.

En efecto, como lo plantea el profesor DROMI, para algunos doctrinantes los actos administrativos pueden ser unilaterales y bilaterales, incluyendo en estos últimos los contratos administrativos; determinación que se hace con fundamento en la formación del acto y en los efectos del mismo. Así, el acto bilateral se origina si concurren las voluntades de uno o más sujetos de derecho, mostrando el criterio de formación del acto; y si el acto acarrea derechos y deberes para una o más partes, en igual forma será acto administrativo, pero ya por sus efectos, involucrándose aquí tanto los actos unilaterales como los bilaterales. Quien además trae a colación algunos ejemplos de actos administrativos unilaterales y bilaterales por su formación y por sus efectos, así:

“En este sentido, son actos administrativos: 1) los unilaterales en su formación y en sus efectos, por ejemplo la sanción; 2) unilaterales en su formación, pero de efectos bilaterales,

por ejemplo la jubilación; 3) bilaterales en su formación y unilaterales en sus efectos, por ejemplo la solicitud o aceptación” (DROMI, José Roberto, 1997. pág. 18).

Con la salvedad del caso del acto de la jubilación que trae a colación DROMI¹⁹, en el sentido de ser de formación unilateral, ya que consideramos que en este evento podemos estar frente a un acto bilateral en cuanto a la formación del mismo, por cuanto si el administrado no compromete su voluntad, solicitando el reconocimiento de la pensión de jubilación, difícilmente la Administración actuará unilateralmente para reconocerla. Consideramos que son muestras de la existencia de actos administrativos bilaterales, a los cuales nos permitimos agregar el acto de formación y efectos bilaterales, como es el contrato administrativo, en donde en su formación interviene tanto la voluntad de la Administración como del particular y los efectos, están referidos a quienes han comprometido su voluntad; es decir, a las partes del mismo.

La idea de los actos administrativos unilaterales, determina la intervención de una sola voluntad, que no es otra que la de la Administración o de la ley, lo cual determina la unilateralidad del acto, únicamente por el criterio de formación

¹⁹ Pero es preciso aclarar, que el profesor DROMI, Roberto (1997. pág. 19), después de hacer referencia a las clases de actos administrativos que incluyen los bilaterales, reitera su posición de la unilateralidad del acto, cuando dice: Reiteramos, que el acto administrativo es unilateral en su formación u origen porque emerge de una sola y única voluntad: la estatal o la pública no estatal, en su caso, aunque haya concurrido como causa de la formación del acto la voluntad del particular administrado v.gr. petición, solicitud, etc.

²⁰ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado (1996, pág. 128), es de este criterio cuando dice: Entendemos, en este sentido, por Acto Administrativo toda manifestación unilateral de la voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

del mismo²⁰. Pero habrá que hacer un análisis mas detallado, en cuanto a los efectos del acto, porque en la mayoría de los casos, un acto administrativo, que puede ser de formación unilateral, en sus efectos puede ser bilateral o plurilateral, como en el caso de una decisión de la Administración que regule el espacio público, en donde el acto administrativo puede ser de formación unilateral, pero de efectos plurilaterales; o en casos como los que plantea el Maestro GORDILLO, para los eventos de imposición de una multa, determinación de una obligación tributaria, clausura de un negocio o la aplicación de una sanción a un funcionario, en donde a pesar de no participar la voluntad del individuo en la formación del acto, éste, tiene efectos tanto para la entidad pública que lo expide como para el administrado afectado con el mismo; siendo por tanto un acto administrativo de efectos bilaterales (GORDILLO, A. 1974. pág. 25).

Pero si bien es cierto, en la mayoría de los casos la voluntad unilateral de la Administración o de la ley, es la que se expresa y se contiene en los actos administrativos, dándole por tal el carácter de unilateral en su formación; en otros eventos, no solo la voluntad de la Administración interviene en la formación del acto, sino que también tiene participación activa en la formación de la decisión la voluntad de los particulares; por lo

que nos vemos enfrentados a lo que algunos doctrinantes han llamado actos administrativos consensuales o actos administrativos bilaterales²¹, dando lugar a una clasificación de los actos administrativo, en unilaterales y bilaterales, dependiendo en numero de voluntades que intervienen en su formación

2.3. LA IDENTIDAD DE ATRIBUTOS ENTRE LOS CONTRATOS Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS UNILATERALES

En la medida que los contratos constituyen una modalidad de actos administrativos, los atributos de estos también lo son de aquellos, por cuanto los mismos son inherentes tanto al acto estrictamente unilateral como al contrato.

Los atributos de los actos administrativos son los siguientes: la presunción de legalidad, ejecución oficiosa, revocabilidad, estabilidad; respecto de los cuales es preciso hacer un análisis desde el punto de vista del contrato administrativo, para verificar su naturaleza de acto administrativo

2.3.1 El contrato y su presunción de legalidad

La presunción de legalidad del acto implica considerarlo ajustado a

²¹ En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, de 1997, expediente 13573, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, se acepta la existencia de los actos administrativos bilaterales, como en el caso del acto de liquidación de un contrato, de común acuerdo entre la entidad pública contratante y el particular contratista.

derecho, sin necesidad de que exista un pronunciamiento de autoridad judicial o administrativa que así lo declare²², sino que por la sola existencia del mismo ha de considerarse ajustado a la legalidad. Este atributo encuentra sustentación jurídica y argumentativa en el principio de legalidad, ya que las actuaciones de la Administración deben someterse a la ley en sentido genérico, lo que supone que todo acto que dicte la Administración se adecue a tal principio²³.

Es natural que el principio de legalidad opere para toda actuación de la Administración, por cuanto no existe un ámbito de la misma que se sustraiga al cumplimiento de la ley, ya que se estaría frente a una Administración arbitraria y anárquica, lo cual contraría los postulados del Estado de Derecho²⁴. Y al operar el principio de legalidad para toda actuación de la Administración,

tenemos que involucrar a los contratos administrativos sometidos al mismo, lo que significa que se presume el contrato ajustado a la legalidad, en las mismas condiciones que existe la presunción para los actos estrictamente unilaterales. (Güecha Medina C. 2007).

En efecto, cuando se celebra un contrato administrativo ha de considerarse ajustado a la legalidad y en esa medida puede surtir los efectos jurídicos previstos para el mismo; porque de presentarse ilegalidad, se está frente a una causal de nulidad del acto contrato²⁵, la cual genera la acción contencioso administrativa correspondiente y por tal la expresión del control de legalidad del acto²⁶.

La presunción de legalidad del acto administrativo unilateral y del contrato como acto administrativo bilateral, en

²² DROMI, Roberto. (1997 pág. 79). es de este concepto cuando dice: La legitimidad no necesita declaración. La legitimidad de los actos administrativos no necesita ser declarada por la autoridad judicial o administrativa. El estado no necesita declarar que su actividad es legítima. Tiene a su favor la prueba por mandato de la ley.

²³ Es una presunción legal, lo que significa que admite prueba en contrario, cuando se identifique que la legalidad ha sido vulnerada por la Administración con el acto expedido.

²⁴ Es imposible una Administración fuera del derecho dentro de un Estado de Derecho y por tal razón, SANTOFIMIO, Jaime Orlando (1998, pág. 95), es concordante con nuestra apreciación cuando dice: Entendido el principio de legalidad como inherente al Estado de derecho, regula en todos los sentidos el ejercicio del poder público, en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar su ejercicio.

²⁵ El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, contempla las causales de nulidad de los contratos que celebra el Estado, las cuales son en alto grado idénticas a las previstas para los actos estrictamente unilaterales, que se consagran en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

²⁶ Por esta razón, SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. (1998 pág. 99). refiere: La legalidad del acto administrativo se presume; por el contrario, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo tendrá que demandarlo ante la autoridad competente. El Consejo de Estado en Sentencia de mayo 19 de 1975, al analizar el tema de la presunción estableció: las manifestaciones de voluntad de la administración, por gozar de la presunción de legalidad, producen en principio efectos jurídicos y en cualquier campo de las controversias gobernante-gobernado deben necesariamente atacarse por la vía jurisdiccional cuando quiera que se crean ilegales. La sentencia del Consejo de Estado es de la Sección Tercera de mayo 19 de 1975 C.P. Carlos Portocarrero Mutis.

cuanto atributo de uno y otro es idéntica, en la medida que ambos constituyen función administrativa y además, porque la presunción opera de la misma forma y se desvirtúa igualmente de manera similar, en la medida que hay que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que se declare la nulidad del acto, cuando opera una de las causales de anulación previstas en norma expresa²⁷.

2.3.2. La ejecución oficiosa de los contratos administrativos

La Administración Pública para el cumplimiento de los fines que persigue el Estado con sus actuaciones, debe gozar de ciertas prerrogativas, dentro de las cuales se encuentra la de hacer cumplir oficiosamente los actos administrativos que expide, sin necesidad de acudir al juez natural de la misma; lo que implica que la Administración, tenga una facultad directa de imposición del derecho frente al particular²⁸; quien por

su parte, debe acudir al juez para que sus derechos sean garantizados.

En efecto, cuando la Administración hace cumplir oficiosamente los actos que expide, lo que hace es imponer el derecho, en la medida que los actos administrativos constituyen derecho en un sentido general, porque al lado de las regulaciones del legislativo o las decisiones de la jurisdicción, la Administración, también tiene una facultad normativa que se debe involucrar como derecho.

La facultad de ejecución oficiosa de los actos administrativos, se lleva a cabo como consecuencia de la potestad de que se ha investido a la Administración para expedirlos y de la actividad material de la misma para hacerlos cumplir; en el primer evento se habla de ejecutoriedad²⁹ y en el segundo de ejecutividad³⁰, pero en uno y otro caso se está frente a la ejecución oficiosa de la Administración para el cumplimiento de los actos.

²⁷ Podría pensarse que la diferencia está en la revocatoria directa de los actos administrativos unilaterales, pero esto no es así, por cuanto los contratos también pueden ser sacados de la vida jurídica por parte de la Administración, en eventos como los previstos en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando declarando la existencia de una causal de nulidad dá por terminado el contrato y ordena la liquidación del mismo, o en el caso de una prerrogativa unilateral de la Administración como la caducidad o la terminación unilateral.

²⁸ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard. (2003, pág. 68) al referirse a la facultad de la Administración de imposición del derecho, dice: Para una imposición eficaz se necesita, antes que nada, que el Derecho sea adecuado para su ejecución. Se precisa de supuestos de hecho normativos en los que se renuncie a la retórica política; y se necesita también una interpretación judicial apta para la ejecución; y que no incurra en innecesarias complicaciones en forma de continuas precisiones y obiter dicta. Pero por encima de todo, hay que destacar que la imposición eficaz del Derecho no es un problema de cada caso concreto, sino una cuestión general sobre la actuación administrativa. Para la imposición eficaz del Derecho es necesaria una adecuada organización administrativa y una dotación suficiente de personal.

²⁹ PENAGOS, Gustavo. (1992, pág. 281), expresa sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos: El carácter ejecutorio del acto administrativo es consecuencia directa de su presunción de legalidad, por ello puede, desde el momento preciso en que se profiere, hacerse ejecutar por quien corresponda.

En lo que refiere a los contratos administrativos, este atributo de ejecución oficiosa se ve reflejado en la facultad que tiene la Administración de hacer cumplir el contrato sin necesidad de acudir al juez natural del mismo, como sí le corresponde al particular. En efecto, existen prerrogativas de la Administración que la colocan en situación de exigir el cumplimiento del contrato, de manera unilateral y oficiosa, como en el caso de las mal llamadas cláusulas excepcionales o exorbitantes³¹ o de la cláusula de

multas³², por solo indicar dos eventos.

El atributo se predica entonces, tanto de los actos estrictamente unilaterales como de los actos bilaterales, donde el cumplimiento se exige frente al particular o particulares respecto de los cuales el acto surte efectos; porque la ejecución oficiosa implica que el acto administrativo surta efectos jurídicos y en esa medida obligue al cumplimiento³³.

En efecto, frente a las cláusulas excepcionales, implican potestades de la Administración que buscan evitar

³⁰ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. (2004, pág. 106), cuando se refiere a la ejecutividad, lo hace en cuanto a la fuerza ejecutoria del acto, lo cual nos permite afirmar que está identificando tanto la ejecutoriedad con la ejecutividad; pero identifica las dos instituciones de manera superficial, haciendo alusión al carácter general y particular de imposición de deberes y obligaciones de unos y otros, cuando dice: La ejecutoriedad no se confunde con la ejecutividad. Esta es propia de cualquier acto administrativo, en cuanto significa la condición del acto que puede ser efectuado. Ejecutividad equivale, por lo tanto, a eficacia en general. La ejecutoriedad es propia solamente de los actos que imponen deberes positivos o negativos; ella presupone que el acto sea ejecutivo, es decir eficaz, y consiste en un modo muy particular de comportarse de tal eficacia que no tiene razón de ser sino en los actos de esta categoría: la posibilidad para la administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de medios coercitivos.

³¹ Cuando a la Administración se le otorga la facultad de declarar la caducidad de un contrato administrativo, por incumplimiento del contratista, lo que se está evidenciando es el atributo de ejecución oficiosa del acto o ejecutoriedad del mismo, en cuanto no necesita de acudir a la jurisdicción para que declare el incumplimiento; pero además, en el caso de que no la haga, deberá tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento, incluyendo la toma de posesión de la obra por la entidad pública que es reflejo de ejecutividad del contrato, en cuanto a que la entidad pública materialmente busca el cumplimiento del mismo. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993, lo expresa así: En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

³² Hasta antes de la expedición de la ley 1150 de 2007, la facultad de la Administración para la imposición de multas al contratista, con el fin de buscar cumplimiento del contrato no era clara y en realidad tenía que acudirse al juez del contrato para tal fin; pero con la producción de la norma antes mentada, se le dio en el artículo 17 la facultad expresa para que la entidad pública imponga unilateralmente las multas pactadas, con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones, lo que refleja aún más, el atributo de ejecución oficiosa del contrato.

³³ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. (2004, pág. 99), identifica la eficacia con la producción de efectos jurídicos del acto administrativo.

la paralización de los contratos y la afectación del servicio público³⁴, a través de conminaciones al contratista para cumplir con lo pactado y que constituyen una muestra de poder público de la Administración, que ejerce a través de acto o decisiones unilaterales, como un reflejo de la posición de superioridad ante el contratista³⁵.

2.3.3. Los contratos administrativos, son susceptibles de revocación

Revocar un acto administrativo implica sacarlo de la vida jurídica por decisión de la Administración o de la ley, en cuanto se presenten las causales previstas para tal fin, que en una u otra medida implican violación del

principio de legalidad. En efecto, para que el acto administrativo sea revocado debe existir una causal, que permita tomar la decisión; y que si se trata de los actos administrativos estrictamente unilaterales, están previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo³⁶.

Para el caso de los actos contratos, debemos decir, que la revocación opera como una terminación unilateral del mismo, en cuanto se presente en primer lugar violación del principio de legalidad en primera instancia, lo que involucra las causales previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y las de anulación de los contratos consagradas en el artículo 44 de la ley

³⁴ Así se concibe de lo regulado por el artículo 14 de la Ley 80 de 1992, que expresa: De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar el contrato celebrado... 2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad....

³⁵ Con ESCOBAR GIL, Rodrigo. (1996. pág. 226), que expresamente dice. El privilegio más relevante que tiene la Administración Pública en los contratos administrativos es el de la decisión unilateral y ejecutoria, que la habilita para ejercer directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato, sin necesidad de acudir a la justicia administrativa. El privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, se deriva de la posición jurídica de la Administración Pública y de su fin institucional, y consiste en el poder de las entidades estatales de imponer coactivamente su voluntad sobre el contratista, durante la ejecución o liquidación del contrato, y el deber de este último de cumplir inmediatamente las obligaciones que le sean impuestas....

³⁶ El artículo 69 del C.C.A. dice: Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra el.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

80 de 1993³⁷ y en segunda instancia causales de incumplimiento, de orden público y buen servicio público³⁸.

En efecto, la revocación del contrato implica que la Administración lo termine de manera unilateral, si se presenta una de las causales de ilegalidad de los actos prevista en el artículo 69 del C.C.A. ya mentado, que son genéricas y que están consagradas para todos los actos administrativos³⁹. Para el caso específico de los contratos administrativos, la ley ha previsto unas causales especiales de revocación, cuando hace alusión a la nulidad de los mismos y a pesar de

que en principio la institución de la anulación de un acto y la revocatoria del mismo son de naturaleza diferente, en el evento del contrato se identifican, cuando el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, permite que la entidad pública termine el mismo si se presenta alguna de las causales de anulación allí previstas⁴⁰.

La terminación unilateral y la declaratoria de caducidad del contrato, son consecuencia de las potestades excepcionales de la Administración, las cuales implican en uno u otro caso, la terminación del contrato, es decir

³⁷ Las causales de nulidad de los contratos administrativos, está previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, así: “De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
3. Se celebren con abuso o desviación de poder.
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

³⁸ Las causales de incumplimiento hacen relación a la declaratoria de caducidad del contrato, prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993; las causales de orden público y buen servicio, se refieren a la terminación del contrato de forma unilateral en los términos del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y que en este caso no implica incumplimiento del mismo.

³⁹ La redacción que contiene dicha norma, no hace distinción respecto a que clase de actos se aplican las causales de revocación allí prevista, sino que, por el contrario se refiere a todos los actos administrativos, lo cual incluye los contratos que celebra la Administración.

⁴⁰ El artículo 45 de la Ley 80 de 1993, prevé la facultad de la entidad pública de terminar el contrato de forma unilateral, cuando se presente una de tres causales de nulidad del mismo, consagradas en el artículo 44 y que son: Que se haya celebrado con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad prevista en la Constitución o en la ley, se haya celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, se declaren nulos los actos en que se fundamente el contrato.

sacarlo de la vida jurídica como ocurre con la revocatoria⁴¹.

Es preciso aclarar, que sobre este tema de la revocabilidad volveremos cuando hablemos de los actos que se dictan dentro del término de ejecución del contrato, y analicemos la terminación unilateral y la declaratoria de caducidad.

2.3.4. La estabilidad no es extraña a los contratos administrativos

Cuando una entidad pública celebra un contrato, persigue con el mismo el cumplimiento de los fines generales del Estado y los especiales de la entidad pública, por cuanto los contratos constituyen un mecanismo de actuación de la Administración⁴², que se encamina hacia el bienestar de la comunidad, la satisfacción de intereses generales y la prestación adecuada de los servicios

públicos, que son los postulados del Estado Social de Derecho⁴³.

En las anteriores circunstancias, al celebrarse un contrato administrativo, lo que se persigue es el cumplimiento de los fines ya mentados y en esa medida es preciso que el contrato exista y se ejecute según lo previsto por la entidad pública, porque de lo contrario no tendría razón de ser la celebración del contrato. Significa lo anterior, que el contrato debe permanecer en la vida jurídica y que no existe una facultad discrecional de la Administración, para terminarlo, ya que debe existir una causal precisa para hacerlo, como en los eventos de revocatoria ya estudiados, por cuanto el procedimiento administrativo de contratación es marcadamente formalista, lo que determina que el contrato tenga vocación de existencia y por tal de estabilidad, como ocurre con los actos estrictamente unilaterales⁴⁴.

⁴¹ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. (2003, pág. 459), refiriéndose a las clases de terminación del contrato expresa: Las especies de terminación unilateral que la Ley 80 de 1993 regula son las contempladas en los artículos 17 y 45 denominadas como terminaciones unilaterales del contrato y en el artículo 18, conocida como caducidad administrativa. también en la contratación estatal serán procedentes los casos de terminación unilateral que admite el derecho privado para los contratos de mandato, cuenta corriente, suministro, seguros y transporte, sólo que estas terminaciones no se inspiran en el interés público ni se adoptan por acto administrativo al recaer en cabeza de la parte del contrato en cuyo beneficio se haya establecido, incluso, por tanto, en poder del contratista.

⁴² La consagración que hace el artículo 3 del Estatuto Contractual es en este sentido cuando dice: De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrá en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

⁴³ El artículo 2 constitucional así lo prevé cuando consagra los fines esenciales del Estado.

⁴⁴ El atributo de estabilidad de los actos, se evidencia más en los contratos administrativos, que en los actos unilaterales, por el formalismo en la actividad de contratación, frente a la discrecionalidad que en ciertas circunstancias opera respecto de estos.

Podría pensarse que la existencia del contrato administrativo es efímera, ya que al ejecutarse el mismo, desaparecería de la vida jurídica y que por el contrario los actos unilaterales prolongan su existencia en el tiempo, lo cual no es tan cierto como parece por cuanto al ejecutarse el contrato, los efectos del mismo se prolongan en la ejecución y en lo que se denomina la etapa post-contractual; por su parte en los actos unilaterales se presenta en determinadas circunstancias, una vida muy corta y sin embargo se habla de estabilidad en los mismos, como en el caso de actos que prohíben una manifestación u otorgan el permiso para la misma, los cuales tienen una vida jurídica bien corta.

Las anteriores argumentaciones permiten afirmar, que los atributos de los actos administrativos unilaterales, son predicables de los contratos, lo cual es lógico, en cuanto a que unos y otros constituyen modalidades de actos administrativos.

3. CONCLUSIONES

1. Los actos consensuales- bilaterales, constituyen una modalidad de actos administrativos, que ameritan un control general de legalidad.

La actuación administrativa, no solo se refleja en decisiones unilaterales, sino que por el contrario en algunas ocasiones, la Administración para actuar necesita del acuerdo, del pacto, del consenso con los administrados y así producir un acto administrativo. En estos eventos, las prerrogativas de la Administración para expresar decisiones unilaterales, se ven sustituidas, por la necesidad de participación del administrado, comprometiendo su voluntad en la formación del acto; lo cual determina que la resolución unilateral, entendida como manifestación de decisión, se vea expresada como una resolución, pero convenida, pactada, acordada⁴⁵.

El acto consensual o bilateral implica entonces, acuerdo de voluntades para su formación, lo que determina que la voluntad de la Administración o de la ley necesite de la voluntad del particular o del administrado, para que pueda expresarse y surtir los efectos jurídicos deseados, la cual se

⁴⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. (2003, pág. 946), quien además plantea que la resolución consensual, puede tener el contenido y el alcance propio de la resolución unilateral, por lo que sería obligatorio su cumplimiento para todas las partes, como lo sería la resolución unilateral, solo que en virtud de su naturaleza contractual o bilateral.

torna necesaria, en la medida que si la voluntad del particular no interviene en la conformación de la decisión, esta no se puede expresar. Pero la intervención del particular administrado en la conformación de la decisión, no es simplemente para generar la actuación administrativa, solicitando a la Administración pronunciamiento⁴⁶; sino que por el contrario, la intervención, es de la esencia del acto, como en el caso de los contratos que celebra la Administración con un particular; en donde la voluntad pública de celebrarlo se conjuga con la del particular, quien expresando asentimiento a las estipulaciones contractuales, determina el nacimiento de ese acto, que va a producir efectos jurídicos obligatorios, tanto para la Administración como para el particular; convirtiéndose en una decisión de formación consensual, en que intervienen la voluntad de dos partes, una pública y una privada para la formación del mismo; siendo entonces la decisión de carácter bilateral.

Y si la decisión compromete la voluntad de la Administración o de la ley, necesariamente vamos a estar frente a un acto administrativo, pues la esencia del mismo implica una expresión de

voluntad de la Administración o de la ley, que en este caso y por excepción va acompañada de la voluntad del particular, en donde su interrelación determina que se exprese como un acuerdo de voluntad única y que se refleje primordialmente en los contratos que celebra la Administración en donde el procedimiento o actuación administrativa, no se expresa ni culmina con un acto administrativo unilateral, sino bilateral⁴⁷.

Así las cosas, el acto administrativo consensual o bilateral, en la medida que implica la intervención de la voluntad de la Administración y de los particulares o de otra entidad pública, se refleja esencialmente en los contratos que celebra la Administración, en cuanto a que el acuerdo entre las partes es el que determina el nacimiento del acto y los efectos que produce el mismo, convirtiéndose en una modalidad de actos administrativos, como lo pueden ser los actos simples o los actos complejos por ejemplo, con particularidades específicas tanto en su formación como en el régimen aplicable; circunstancias que no le quitan la naturaleza de acto administrativo, al contrato como acto bilateral.

⁴⁶ DROMI, Roberto. (1997, pág. 18), prevé que la intervención del particular solo es como causa de la formación del acto, haciendo peticiones a la Administración; argumentación respecto de la cual no estamos de acuerdo, porque en ocasiones la voluntad del particular está inmersa en la decisión, como en los contratos que se celebran.

⁴⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. (2003. pág. 941), lo expresa de la siguiente manera: En efecto, el acto consiste en un acuerdo, pacto, convenio o contrato celebrado por la administración responsable de un procedimiento, con los interesados en éste, puede sustituir a la resolución unilateral y poner fin, como tal a dicho procedimiento.

En efecto, los contratos que celebra la Administración, son la principal muestra de los actos administrativos consensuales o bilaterales, que por constituir actividad administrativa, están sometidos a los principios constitucionales que rigen la función administrativa, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado⁴⁸; así como lo están sometidos los actos que la Administración dicta en ejercicio de sus facultades unilaterales. La distinción está, en que los contratos como actos administrativos bilaterales, además de estar subordinados por dichos principios de actuación administrativa, están sometidos en igual forma, a los principios que regulan la actividad específica de contratación, lo cual determina la existencia de unos procedimientos y una regulación particular de dicha actividad⁴⁹.

Las anteriores argumentaciones nos permiten afirmar, que en el caso de los contratos que celebra la Administración, además de estar frente a actos administrativos bilaterales, se nos muestran como actos administrativos reglados, en la medida que los contratos para su formación deben surtir unos procedimientos específicos, que

caracterizan a los actos reglados; en donde por mandato legal se determina la competencia de la autoridad para expedir el acto y además cómo debe actuar en el proceso de expedición del mismo (SÁNCHEZ TORRES, C. A. (1998) pág. 288).; circunstancias estas que nos llevan a que hagamos un análisis de dicha situación, lo cual nos permitirá tener una mayor claridad en la determinación de los contratos de la Administración como actos administrativos bilaterales y así poder identificar esta modalidad de actos de la Administración con criterios que vayan mas allá de la simple unilateralidad de los actos administrativos.

2. El contrato es un acto administrativo reglado

Los contratos administrativos, al constituir actuación de la Administración, son el resultado de un procedimiento o trámite administrativo de contratación, en donde la entidad pública como persona contratante debe adelantar actuaciones específicas para la formación del contrato, actuaciones respecto de las cuales no es ajeno el contratista, quien tiene una participación activa dentro de dicho procedimiento.

⁴⁸ El artículo 209 de la Constitución y el artículo 3 de Código Contencioso Administrativo, contemplan los principios generales de la actividad de la Administración.

⁴⁹ La Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, constituyen la regulación particular de la actuación administrativa de contratación.

En efecto, los contratos administrativos se alejan de la facultad discrecional de la Administración⁵⁰ y se enmarcan dentro de una actividad reglada de la misma, en cuanto a competencia y trámite⁵¹; ya que existe una regulación previamente establecida por mandato legal, que circunscribe la actuación de la Administración y del particular a dicha actividad.

En el procedimiento de formación del contrato administrativo, no le asiste facultad discrecional a la Administración para actuar; es decir, que en estos eventos la entidad pública no puede decidir autónomamente como va a realizar la actuación, ya que no está frente a un podrá, sino frente a un deberá, que es previamente establecido por la ley⁵²; lo cual se muestra en la existencia de unos procedimientos comunes para la actuación administrativa general⁵³ y unos procedimientos especiales, para la actividad específica de contratación⁵⁴.

En la medida que la ley establece un procedimiento determinado para la formación del contrato administrativo, le está imponiendo a las partes que intervienen en su creación, la obligatoriedad de desarrollar la actuación conforme a ciertos parámetros, de los cuales no se pueden sustraer, so pena que el acto administrativo - contrato, esté afectado de ilegalidad, pues no es facultativo de las partes actuar en uno u otro sentido, sino de acuerdo a los lineamientos fijados por la ley.

El hecho de que el contrato administrativo, tenga el carácter de acto reglado, se muestra en la totalidad de las etapas del procedimiento de contratación, en la medida que se han establecido unos requisitos específicos tanto para la selección del contratista como para la celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato estatal. Es así, que el estatuto de

⁵⁰ El Tribunal Constitucional Español, en sentencia de 15 de junio de 1984, al referirse a los actos discrecionales, alude que es la concesión de posibilidades de actuación, cuyo desarrollo efectivo es potestativo y queda enteramente en manos de la Administración.

⁵¹ SAYAGUES LASSO, Enrique. (1986. pág. 405), concibe la facultad reglada como determinante de actos administrativos reglados, así: En unos casos las normas legales determinan con precisión lo que deben hacer los órganos administrativos: dada una situación de hecho corresponde dictar tal acto administrativo, cuyo contenido y efectos será tales o cuales.

⁵² PARADA, Ramón. (1992, pág. 95), distingue los actos administrativos discrecionales de los actos reglados en función del termino facultativo “podrá”, del término imperativo deberá.

⁵³ El Decreto 01 de 1984, que constituye el actual Código Contencioso Administrativo, contiene la reglamentación para la formación de los actos administrativos; en la medida que contempla cada uno de los trámites que se deben surtir dentro de la actividad de la Administración.

⁵⁴ El Estatuto Contractual, sin desconocer la regulación del Código Contencioso Administrativo, establece una regulación específica del proceso de formación del contrato administrativo o estatal.

contratación ha consagrado, que los contratistas en principio se seleccionarán a través de licitación pública⁵⁵ y de reglas de selección objetiva⁵⁶; pero además prevé los eventos en que el contrato administrativo se considera perfeccionado y se puede ejecutar⁵⁷, o el término y procedimiento para liquidar el mismo.

En tales circunstancias, es pertinente afirmar que los contratos administrativos, constituyen actos típicamente reglados, en la medida que obedecen a un procedimiento específico para su formación, el cual es de obligatorio cumplimiento; ratificando así, el carácter de actos administrativos que les asiste, a la par de su naturaleza bilateral.

Las anteriores argumentaciones nos permiten afirmar a manera de corolario, que los contratos que celebra la Administración, tienen el carácter de actos administrativos y por tal razón, estamos frente a la existencia de actos administrativos bilaterales⁵⁸; que si bien es cierto obedecen a una regulación jurídica especial, en igual forma no les

es extraña la normatividad aplicable a los actos administrativos unilaterales, en la medida que también constituyen función administrativa y por tal razón, están cobijados por los principios constitucionales y legales que regulan la misma.

3. Por ser el contrato una clase de acto administrativo, amerita que su control de legalidad sea el mismo que el de los demás actos administrativos.

En efecto, si como venimos afirmando, el contrato constituye una clase o modalidad de acto administrativo, implica que el control de legalidad sea el mismo que opera para la generalidad de las decisiones de la Administración, es decir que se debe ejercer a través de las acciones propias de legalidad como son la de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

No existe justificación, para que se establezca una acción especial con el fin de ejercer control de legalidad sobre el contrato administrativo y los actos que se dicten como consecuencia del mismo, en la medida que lo determinante de

⁵⁵ El artículo 2 de la Ley 1150 de 2008, contiene el principio de transparencia en la contratación y prevé que los contratistas se escogerán por licitación pública, con las excepciones correspondientes.

⁵⁶ El artículo 29 de la Ley 80 de 1993, se refiere al deber de selección objetiva de los contratistas y para tal fin establece las reglas de evaluación de propuestas.

⁵⁷ Por mandato del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos administrativos o estatales, se consideran perfeccionados con el acuerdo entre las partes respecto del objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito; y para la ejecución es necesario la aprobación de las garantías y la existencia de disponibilidad presupuestal.

⁵⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, citado por Luciano Parejo Alfonso (2003, pág. 941 y 942), al igual que otros doctrinantes, es partidario de la existencia de los actos administrativos contractuales, como una alternativa a la existencia de decisiones unilaterales.

dicho control es la naturaleza de actos administrativos que poseen. Esto es así, porque la regulación que hace el Código Contencioso Administrativo, implica que la anulación de actos administrativos, es posible a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho⁵⁹.

Acciones que por su naturaleza y características, son las indicadas para realizar dicho control, circunstancia que no ocurre respecto de la acción contractual, que es la prevista para controlar los contratos administrativos, a pesar de que su naturaleza es sustancialmente indemnizatoria.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

COLOMBIA, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13573 de 1997, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA, Congreso de la Republica, Ley 80 de 1993.

COLOMBIA, Congreso de la Republica, Ley 30 de 2007.

COLOMBIA, Congreso de la Republica,, Ley 1150 de 2007.

COLOMBIA, Congreso de la Republica, Ley 1150 de 2008.

COLOMBIA, Presidencia de la Republica, Decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo (2003). Régimen jurídico de la contratación estatal Legis, segunda edición. Bogotá.

DUSSÁN HITSCHERCH, Jorge (2005). Elementos del contrato estatal, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá.

DROMI, José Roberto (1997). El acto administrativo, Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires.

ESCOBAR GIL, Rodrigo (1996). Teoría general de los contratos de la administración pública, Ed. Legis. Bogotá.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia en sentencia de 15 de junio de 1984.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos (2003). La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

FRANCIA, Conseil d'Etat Français, sect., 22 mars 1973, Siyndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules el outillages;

⁵⁹ El artículo 84 del Decreto 01 de 1984, que regula la acción de nulidad, expresa: Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Por su parte el artículo 85, del mismo decreto, que contempla la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dice: Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho....

par la compagnie luxembourgeoise de télédiffusion. Chaveaux.

FRANCIA, Conseil d'Etat Français, 8 avril 1998, Société Serc Fun radio, leb, p. 138, concl. Hubac; C.E. Français, 25 nov. 1998, par la compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, AJDA 1999, pág. 54, concl. Chaveaux.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH Ángel (2001). Acto y procedimiento administrativo. Ed. Marcial Pons, Madrid.

GORDILLO, Agustín (1974). Tratado de derecho administrativo – El acto administrativo. Macchi. Buenos Aires,

GÜECHA MEDINA, *Ciro Nolberto*. Contratos administrativos control de legalidad de los actos precontractuales. Ed. Ibañez, Universidad Santo Tomás. Bogotá Colombia, 2007.

GUETTIER, Christophe (2005). Droit des contrats administratifs, Thémis droit. Paris.

GUGLIELMI, Gilles y KOUBI, Genevieve (2007). Droit du service public, segunda edición, Montchrestien, Paris.

MAYER, Otto (1895). Deutsches Verwaltungsrecht, t.I, primera edición. Múnich.

MAYER, Otto (1982). Derecho administrativo alemán. Ed. Depalma.

Buenos Aires.

MODERNE Franck (1975). Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix, Dr. Soc

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo (1973). Teoría general de los actos o negocios jurídicos, Ed. Temis, Bogotá.

PARADA, Ramón (1992). Derecho Administrativo, Parte General, Marcial Pons. Madrid.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2003). Derecho administrativo – Instituciones -, Ed. Ariel, Barcelona.

PENAGOS, Gustavo (1992). El acto administrativo, tomo I, quinta edición, Ed. Librería del Profesional, Bogotá.

RICHER Laurent (2004). Droit des contrats administratifs, cuarta edición, L.G.D.J. Paris.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (1983). El acto administrativo contractual. En: Revista Cámara de Comercio, año XIV, No. 50, mes de septiembre, Bogotá

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (2005). Derecho administrativo general y colombiano. Ed. Temis. Bogotá.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel (1998).



Acto Administrativo. Ed. Legis. Bogotá.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando (1996).
Tratado de derecho administrativo –
teoría general, Universidad Externado
de Colombia. Bogota

SAYAGUES LASSO, Enrique (1986).
Tratado de derecho administrativo,

tomo 1. Ed. Martín Biachi Altuna.
Montevideo.

SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard
(2003). La teoría general del derecho
administrativo como sistema, Ed.
Marcial Pons, Madrid.

