EL CONTRATO ESTATAL

ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

2.ª ED.

JOSÉ LUIS
BENAVIDES

EL CONTRATO ESTATAL

ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

ISBN 958-616-896-4

© 2004, 2002, JOSÉ LUIS BENAVIDES
© 2004, 2002, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono 342 0288
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2002
Segunda edición: septiembre de 2004
Reimpresión: marzo de 2009

Diseño de carátula y composición: Departamento de Publicaciones
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.,
con un tiraje de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

CONTENIDO

PREFACIO 17

INTRODUCCIÓN 19

ABREVIATURAS 23

CAPÍTULO PRELIMINAR
CONTEXTO Y CONTENIDO DE LA LEY 80 DE 1993 25

I. UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN 27
A. Reequilibrio de las relaciones entre la administración y sus contratistas 27
1. Imperativos económicos 27
a. La mundialización y los contratos de la administración: un cambio ideológico 27
b. Carencias de las entidades públicas 29
c. Gestión pública comercial 31
2. Contractualismo 32
a. Fin del monopolio del interés general 33
b. Gestión contractual: los nuevos equilibrios 35
B. Dificultades insuperables del antiguo estatuto 37
1. Contratos no incluidos en la lista del artículo 16 42
a. Interpretación de textos 42
b. Incertidumbre jurisprudencial 43
2. Los contratos privados y los actos contractuales 46

II. LA LEY 80 DE 1993 50
A. Vocación universal 50
1. Legislación adicional a la Ley 80 54
2. Restricción jurisprudencial de las excepciones 56
3. Contratos excluidos de la Ley 80 63
a. Excepciones previstas por la Ley 80 63
b. Excepciones previstas por la Constitución 67
B. Noción de contrato estatal ligada a su doble finalidad 69
1. Acuerdo de voluntades 69
2. Efectos jurídicos 71
a. Más allá de la oposición de intereses de las partes 72
b. Regulación de intereses de las partes 74
C. Medios para lograr la doble finalidad del contrato estatal 75
1. Ley de principios 75
2. Régimen jurídico mixto 78
a. Regla general de aplicación del derecho privado 78
b. Aplicación dosificada del derecho público 79
3. Garantías del cumplimiento de las finalidades 82

a. Control de la gestión contractual 83
b. Unidad de jurisdicción 84

PRIMERA PARTE
LÓGICA CONTRACUAL: RETORNO A LOS MEDIOS DE DERECHO PRIVADO 87

TÍTULO PRIMERO
CONCEPTOS 91

CAPÍTULO PRIMERO
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD 93

I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO PRIVADO: TRADUCCIÓN JURÍDICA DE UN CONCEPTO POLÍTICO 96
A. Surgimiento del principio de la autonomía de la voluntad 96
1. Fundamentos filosóficos y económicos 97
2. Consecuencias del principio 98
B. Creación de un mito: la autonomía de la voluntad 100
1. Noción tardía y controvertida 100
2. Clima de crisis propicio 101
C. Crisis de la teoría de la autonomía de la voluntad 103
1. Intensificación del intervencionismo 104
2. Origen objetivo de la fuerza vinculante del contrato 105
a. La regal moral 106
b. La regla positiva 107

II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE: ¿UNA NOCIÓN PARADÓJICA? 108
A. Marco constitucional 111
1. El legislador es libre de fijar el régimen jurídico de los contratos de la administración 112
2. Régimen de autorizaciones legales para contratar 114
a. La atorización legal general e indispensable 115
b. Las autorizaciones especiales son excepcionales 116
B. Relación entre la ley y el reglamento 118
1. El reglamento como complemento de la ley 118
2. Espacio reducido del reglamento 120
C. La práctica reglamentaria 124
1. Reglamentos impuestos por la Ley 80 124
2. Reglamentos de ejecución 127

CAPÍTULO SEGUNDO
ECUACIÓN CONTRACTUAL 129

I. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SIN FALTA EN EL DERECHO FRANCÉS 133

A. Costo de la adaptación del contrato administrativo: la responsabilidad pública 132
B. Teorías sobre el fundamento de la responsabilidad 135
C. Principios generales de esta responsabilidad 138

II. LA ECUACIÓN CONTRACTUAL EN LA LEY 80 DE 1993 139
A. Deficiencia conceptual de los textos 139
B. Principio general de la ecuación contractual 142
1. Interpretación del derecho positivo 143
2. Los riesgos contractuales 145
C. Las contradicciones 151
1. Causas imputables a la administración 151
a. Incumplimiento de la entidad contratante 151
b. Prerrogativas contractuales de poder público 152
c. El hecho del príncipe 154
2. Hechos imprevistos extraños a las partes 157

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO PRIMERO 159

TÍTULO SEGUNDO
MANIFESTACIONES 161

CAPÍTULO PRIMERO
LIBERTAD 163

I. LIBERTAD DE CONTRATAR 165
A. Identificación de la persona responsable del contrato 166
1. Determinación de la competencia contractual 167
2. Eliminación de controles de tutela administrativa 169
B. Amplitud de la desconcentración y de la delegación 171

II. LIBERTAD DE DETERMINAR EL CONTENIDO CONTRACTUAL 178
A. Evolución hacia la libertad sobre el contenido contractual 179
B. Consolidación de la libertad sobre el contenido contractual 181
1. Escogencia del contrato y determinación de su contenido 181
2. Determinación de las actividades contratables 183
C. Práctica contrastada 187

III. ¿HACIA EL CONSENSUALISMO CONTRACTUAL? 191
A. Soluciones frente al formalismo del antiguo estatuto 191
1. Los textos 191
2. Teoría del enriquecimiento sin causa del Consejo de Estado 194
B. Consensualimo contractual de la Ley 80 198
C. La jurisprudencia 206
1. El contrato estatal: un contrato formalista 206
2. Enriquecimiento sin causa y consensualismo 208

a. Falla del servicio 209
b. Intercambio objetivo de prestaciones 212

CAPÍTULO SEGUNDO
RESPONSABILIDAD 219

I. RESPONSABILIDAD PERSONAL 221
A. Reforzamiento de la responsabilidad personal de los servidores públicos 222
1. Principio de concentración de la responsabilidad personal 223
2. Tipos de responsabilidad personal 226
B. Responsabilidad de los contratistas 231
1. Responsabilidad penal 231
2. Responsabilidad pecuniaria civil 232

II. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UN DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE 236
A. Autonomía en la resolución de litigios 236
1. Transformación de una concepción estrecha sobre la competencia administrativa en la solución de litigios 236
2. Resolución directa de conflictos: una obligación de las entidades contratantes 238
B. Mecanismos alternativos de solución de litigios 243
1. La conciliación: un mecanismo privilegiado 243
2. El arbitraje 247

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO SEGUNDO 252

CONCLUSIÓN DE LA PRIMERA PARTE 253

SEGUNDA PARTE
PERSISTENCIA DEL DERECHO PÚBLICO 255

TÍTULO PRIMERO
RACIONALIZACIÓN RELATIVA DE LOS TEXTOS 261

CAPÍTULO PRIMERO
RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATAR 263

I. LIMITACIONES A LA COMPETENCIA Y LA CAPACIDAD 265
A. Reglas presupuestales 265
1. Fuente constitucional 266
2. Restricción en los contratos adicionales 269
3. Una práctica contrastada 271
B. Restricciones a la capacidad de los contratistas 278
1. Régimen reforzado de inhabilidades e incompatibiliades 278

a. Diferencia entre las dos nociones 278
b. Finalidades de la institución 279
c. Reforzamiento del régimen 281
2. Registro de proponentes 283
a. Solución de los antiguos problemas 283
b. Sistema simple centrado sobre la transparencia del registro 284

II. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA 285
A. Selección objetiva del contratista 287
1. La buena formulación de las necesidades de la administración 288
2. Criterios objetivos de selección 289
a. Transparencia y concurrencia 289
b. Igualdad de los candidatos 291
c. Parámetros de selección 292
B. Procedimientos de selección del contratista 292
1. Licitación y concurso públicos: un procedimiento más flexible 293
a. Pliego de condiciones y términos de referencia: espacios de libertad y de autodeterminación 293
b. Transparencia en todas las etapas del proceso de selección 302
c. Respeto riguroso de los criterios de selección preestablecidos 304
2. La contratación directa: entre libertad y restricción 308
a. Libertad extendida por los textos legales 310
1. Un procedimiento frecuente 310
2. Finalidad económica 313
b. Reglamentación restrictiva de la libertad 315

CAPÍTULO SEGUNDO
PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO Y SERVICO PÚBLICO 319

I. ESENCIA DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO FRANCÉS 322
A. Criterios de identificación del contrato administrativo 322
1. La cláusula exorbitante 323
a. Tipos de cláusula exorbitante 323
b. Carácter incierto de la noción 326
2. El servicio público 328
a. Distintos tipos posibles de vínculo con el servicio público 329
b. Obstáculos de la aplicación del criterio de servicio público 331
3. Interdependencia de los criterios de identificación del contrato administrativo 332
B. Fundamento extracontractual de las prerrogativas de poder público 334
1. Modificación unilateral del contrato administrativo: un principio general en el derecho francés 334
2. El servicio público: fundamento de las prerrogativas de poder público 336

II. EL SERVICIO PÚBLICO: CATALIZADOR DE PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO 338
A. Restricción general de las prerrogativas de poder público 338
1. El contrato: ley para las partes 339
a. Interpretación del contrato según sus cláusulas 339
b. Aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* 341
2. Restricciones de los privilegios de la administración 345
a. Pérdida de la ejecutoriedad de oficio de los actos contractuales 345
b. Restricción de los privilegios procesales 348
1. Prohibición de ordenar comportamientos a la administración 349
2. Principio de inembargabilidad de los bienes públicos 350
3. Prohibición de condena en costas 353
B. Las cláusulas excepcionales al derecho común 355
1. Cláusula excepcional y desigualdad jurídica entre las partes 355
a. Los textos del derecho privado y la desigualdad jurídica de las partes 356
b. Amplia autonomía reconocida por la jurisprudencia ordinaria 359
c. Lectura matizada de la concepción del Consejo de Estado 363
2. El servicio público legitima y limita las cláusulas excepcionales 368
a. No hay prerrogativas de poder público sin texto legal 369
b. Sistema de dosificación de las cláusulas excepcionales 373
1. Vínculo directo entre las cláusulas excepcionales y el servicio público 373
2. Gradación de las cláusulas 375
c. Control del juez administrativo 378

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO PRIMERO 382

TÍTULO SEGUNDO
EL DESBORDAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA 385

CAPÍTULO PRIMERO
CONSOLIDACIÓN DE PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO 387

I. FUERZA CENTRÍPETA DEL SERVICIO PÚBLICO 389
A. Valor reforzado del servicio público 390
1. Consagración constitucional 390
2. Fuerza de la finalidad del servicio público 392
a. La Corte Constitucional 392
b. El Consejo de Estado 392
B. Retorno al criterio del servicio público 395
1. Servicio público e interés general 396
2. Vínculo directo con el servicio público 397

II. JUSTIFICACIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO: UNA RAZÓN DE ESTADO 405
A. Prerrogativas contractuales distintas de las cláusulas excepcionales 405
1. Prerrogativas implícitas 405
a. Liquidación unilateral del contrato 406
b. Terminación unilateral fundada sobre la nulidad contractual 407
2. Extensión de las cláusulas excepcionales 410
B. Prerrogativas extracontractuales 414
1. La imposición de multas 415
2. Ejecución de oficio de los actos contractuales 417
3. Declaración unilateral de incumplimiento contractual 418
a. Primer caso 418
b. Segundo caso 418
4. Declaración de siniestro del riesgo asegurado 421

CAPÍTULO SEGUNDO
APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL 427

I. TEORÍAS FRANCESAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SIN CULPA 429
A. Las sujeciones imprevistas 429
1. Condiciones de aplicación 429
2. Consecuencias jurídicas 432
B. El hecho del príncipe 433
1. Identificación de los actos calificados de hecho del príncipe 434
2. Condiciones de aplicación 436
3. Consecuencias jurídicas 438
C. La imprevisión 438
1. Condiciones de aplicación 440
2. Consecuencias jurídicas 443
3. Fin del estado de imprevisión 444

II. LA ECUACIÓN CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: GARANTÍA DE GANANCIA DEL CONTRATISTA 447
A. Principio de responsabilidad por riesgos imprevistos 447
1. Pretendido apoyo constitucional 447
2. Los intereses divergentes de las partes 459
B. Las manifestaciones de la responsabilidad por modificación de la ecuación contractual 461
1. Terminación unilateral 462
2. Modificación unilateral 462
3. Modificaciones sin órdenes regulares 463
a. Análisis subjetivo 464
b. Análisis objetivo 467
4. El hecho del príncipe 470

a. El hecho del príncipe *lato sensu* 470
b. Aceptación de la noción francesa 471
5. La imprevisión 475
a. Condiciones de aplicación 476
b. Indemnización integral del contratista: una jurisprudencia en revisión 482

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO SEGUNDO 488

CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE 488

CONCLUSIÓN GENERAL 489

BIBLIOGRAFÍA 495

A Sylvie

La contratación estatal ha estimulado en Colombia la publicación de numerosos libros sobre el tema a partir de 1993: desde la recopilación de artículos e intervenciones en foros realizados poco después de la promulgación de la Ley 80 de ese año, que con el espíritu fresco del legislador contenían los primeros comentarios y reacciones frente a los cambios del régimen contractual contenido en el Decreto Ley 222 de 1983, hasta la elaboración de una teoría general del contrato, pasando por manuales prácticos y modelos de contratos, así como compilaciones del derecho positivo y de parte de la jurisprudencia sobre la materia.

Este libro no contiene una teoría general del contrato estatal. El tiempo relativamente breve que ha transcurrido desde la promulgación de la ley, y sobre todo la dinámica posterior, tanto del derecho positivo como de la jurisprudencia, impiden analizar con serenidad el decantamiento de las pretensiones del legislador de 1993 en torno al abandono de la tradición del contrato administrativo clásico, marcado por la impronta del derecho francés que se divisa generalmente tras los autores argentinos o españoles que han ejercido influencia sobre nuestro derecho positivo, nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina. Lejos de la aspiración del autor está también presentar un panorama integral de la contratación del Estado, cuya variedad de situaciones y problemas impondrían la elaboración de un tratado, so pena de perderse en ligeros comentarios de los textos legislativos y reglamentarios con uno que otro apoyo jurisprudencial. Tampoco está en manos del lector un manual práctico en el que rápidamente pueda encontrar la fórmula salvadora que lo saque del aprieto cotidiano, la minuta del contrato de prestación de servicios o el modelo de licitación pública.

El presente *contrato estatal* es la respuesta a una pregunta sencilla, que me surgió frente a las primeras lecturas de la Ley 80 de 1993, sobre el verdadero alcance del contenido de derecho privado en el contrato estatal, tan insistentemente afirmado tanto por el proyecto de ley como por los debates parlamentarios y el texto legislativo mismo.

Una primera aproximación al problema me condujo a la monografía del post grado en *ciencias administrativas* de la Universidad de París II (Panthéon-Assas), centrada sobre el análisis de la ley a partir de sus tres grandes principios: economía, transparencia y responsabilidad. Luego, la sobria disciplina monacal de la investigación doctoral me llevaría a escudriñar, más allá de los grandes principios, el desarrollo de otros aspectos relativos al tema de la contratación en general y sus relaciones con la contratación del Estado. Tal cosa ocurre con la teoría general del contrato privado, cuyo examen en el contexto de esta obra va más allá de la simple afirmación de que informa el contrato estatal, para observar cómo ese contrato privado ha sufrido profundas transfor-

maciones, entre otras causas por el fenómeno de la intervención del Estado, que ha limitado la libertad contractual de las partes y por ende ha modificado la teoría de la autonomía de la voluntad, piedra angular del pensamiento del legislador en la Ley 80 de 1993. Algo similar ha ocurrido con la pretendida igualdad de las partes contratantes y con la inmutabilidad de los términos contractuales a la luz del artículo 1602 de nuestro Código Civil.

Por la naturaleza de la investigación, fue también preciso adentrarse en las bases del contrato administrativo francés, examinar el desarrollo y consolidación de su teoría general desde finales del siglo XIX hasta los años 30 del siglo XX, y su estado actual, profundamente marcado por el auge del derecho comunitario europeo y la difícil resistencia del derecho administrativo francés ante las embestidas crecientes del derecho anglosajón.

Sobre este apoyo conceptual abordé el análisis de nuestro derecho positivo y de la jurisprudencia sobre la materia, intentando desglosar evoluciones, líneas directrices, tendencias, marchas atrás, contradicciones que poco a poco perfilan la concreción de las leyes sobre el régimen contractual del Estado. La posibilidad del estudio sistemático de la jurisprudencia y del tiempo de reflexión fueron dos privilegios posibles gracias a la Universidad Externado de Colombia. Tan sólo en 1998 el banco de datos de la contratación estatal, dirigido por MARTA HINESTROSA REY, permitió a los investigadores tener acceso a la totalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia desde 1983, así como de la Corte Constitucional desde su creación, sin la doble restricción de las revistas jurídicas que se ven obligadas a plublicar tan sólo algunas sentencias y autos y a seleccionar de ellas los extractos considerados importantes. De igual manera, el apoyo financiero de la Institución me brindó la ocasión de madurar las ideas condensadas en la tesis con la que obtuve el título de *doctor en derecho público* de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne) y cuya traducción al español someto hoy a la crítica del lector, no sin antes haber realizado algunas adaptaciones y su actualización tanto legislativa como jurisprudencial.

Esta segunda edición tiene en cuenta la evolución reciente de la jurisprudencia y la doctrina, que acentúa la fuerza de algunas de las tesis desarrolladas en la primera edición y resalta las divergencias frente a otras, así como los cambios esenciales introducidos por el Decreto 2170 de 2002 a la contratación directa y a otros aspectos del tema contractual.

Esta obra no habría sido posible sin la generosidad y apoyo indefectibles del rector de la Universidad Externado de Colombia, Dr. FERNANDO HINESTROSA, el interés y seguimiento de la investigación de la profesora CHRISTINE BRÉCHON-MOULÈNES, la lectura minuciosa y atenta de la versión final realizada por mi padre, GUILLERMO BENAVIDES y la solidaridad incondicional de SYLVIE NAIL. Para todos, mi eterna y profunda gratitud.

Diez años después de la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 y diecisiete años después de expedido el primer estatuto de los contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas (Dcto. Ley 150 de 1976), la Ley 80 de 1993 podría presentarse como el último capítulo de una larga evolución del régimen de los contratos de la administración, comenzada a finales del siglo XIX[1]. Y sin embargo, las condiciones económicas, políticas y jurídicas del país al comienzo de los años 90 confieren a esta ley una resonancia particular. Propuesta al Congreso por el Gobierno de CÉSAR GAVIRIA, la Ley 80 refleja el cambio de prioridades políticas de un economista a la cabeza del Estado en un país tradicionalmente gobernado por juristas, que puso en primer plano el problema de la globalización de la economía y promovió las reformas institucionales necesarias para la apertura económica, según los preceptos del neoliberalismo latentes en el subcontinente desde el final de la década de los años 80.

La Constitución de 1991 no fue sin embargo un fiel reflejo de esta tendencia y, sobre bases ideológicas heterogéneas, fue a la vez la expresión de tendencias nuevas y antiguas. Como desarrollo del artículo 150 de la nueva Carta, que atribuyó al Congreso la competencia para votar el *estatuto general de contratación de la administración pública*, la Ley 80 de 1993 concreta el esfuerzo de unificación de valores en principio antagónicos: intereses privados-intereses públicos; relaciones igualitarias-prerrogativas de poder público; rentabilidad-eficacia administrativa; productividad-equidad; contrato administrativo-contrato de derecho privado. En todos los casos se trata de nociones que hasta ese momento habían impuesto tratamientos distintos en el sistema jurídico de la administración pública colombiana, ampliamente influido por el derecho francés.

En efecto, la concepción *vertical* que distingue el derecho privado del derecho público permitía una distinción más o menos clara entre las actividades de la administración, que exigen un régimen jurídico de derecho administrativo, y aquéllas que exigen un régimen de derecho privado. Por el contrario, la uni-

---

1 El Código Fiscal de 1873 reglamentaba ciertas cláusulas exorbitantes de los contratos de la administración. La Ley 53 de 1909 estableció las formalidades de celebración de algunos contratos de la Nación. El Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) imponía la licitación para la celebración de contratos de la Nación. El primer Código Administrativo (Ley 130 de 1913) estableció la aplicación del derecho privado a los contratos. La Ley 105 de 1931 atribuyó a la jurisdicción ordinaria el juzga-miento de los contratos de la administración. La Ley 167 de 1941 atribuyó a la jurisdicción administrativa el juzgamiento de los actos separables del contrato. El Decreto Ley 528 de 1964 estableció la competencia del contencioso administrativo para el juzgamiento de los contratos administrativos.

ficación del régimen de los contratos, propuesta por la Constitución y desarrollada por la Ley 80, impone una concepción *horizontal* en la que los derechos público y privado se superponen según las exigencias particulares. El Gobierno resumía esta transformación al señalar el objetivo fundamental del proyecto de ley: "devolver al contrato estatal las connotaciones que le son propias". Para lograrlo, necesariamente se tiene que partir de las dos premisas que servirán de marco frente a cualquier legislación ulterior. Se trata del postulado de la autonomía de la voluntad y del interés público que encierra la negociación estatal[2]. Pero estas dos premisas condensan los valores fundamentales que justificaron la distinción entre el derecho privado y el derecho administrativo, esto es, la libertad y la autonomía de las personas privadas y la finalidad de interés general que guía todo comportamiento de las entidades públicas. El régimen de la Ley 80 contiene entonces una redefinición de conceptos y un reequilibrio de los intereses en juego en todo contrato de la administración.

Frente a una tradición jurídica que distingue el contrato administrativo del contrato de derecho privado, ¿qué significado tiene un régimen unificado? ¿Se trata de una absorción de un derecho por el otro? ¿O más bien de una mezcla de los dos? ¿O tal vez de la creación de una *tercera vía* alternativa entre el derecho público y el derecho privado?

De cualquier forma, las transformaciones no pueden dejar intactos varios de los conceptos fundamentales que marcaron las diferencias entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado. Pero las nociones de capacidad y de competencia, de autonomía de la voluntad y principio de legalidad, de responsabilidad contractual sobre la base de la culpa y sobre la equidad, ¿pueden encontrar una verdadera redefinición? ¿O se trata más bien de una nueva terminología para rebautizar conceptos antiguos?

El problema no es sólo conceptual. De la determinación de estas nociones dependerá la manera de concebir el equilibrio de intereses inherente a todo contrato: equilibrio entre los intereses económicos del contratista y el interés general de la sociedad representado por la administración contratante; entre la flexibilidad del contrato para adaptarlo a las necesidades de la administración y la seguridad jurídica; entre libertad contractual y lucha contra la corrupción; entre la autoderterminación y el control de la gestión contractual.

Puede entonces preguntarse si se trata de un objetivo paradójico. La Ley 80, como la Constitución de 1991, refleja valores contrarios que mezclan con-

---

2 "Proyecto de la Ley 80 de 1993", en J. Betancur Cuartas. *Nuevo estatuto general de la contratación administrativa*, Bogotá, Dike, 1995, pp. 107 y 108.

cepciones antiguas y nuevas, y las interpretaciones de la jurisprudencia no están a salvo de contradicciones significativas. El análisis de estas dos tensiones, tanto en la ley como en su interpretación jurisprudencial, constituye el hilo conductor en torno al que se articula la reflexión que aquí se propone y que busca hacer emerger el significado del régimen actual de los contratos de la administración. Para ello abordaremos en primer lugar la recuperación de *la logica contractual, como un retorno a los medios del derecho privado* (primera parte). El retorno a las fuentes esenciales del contrato privado, intención expresa del legislador de 1993, debería permitir la modernización de la gestión contractual de la administración a través de la definición del un instrumento flexible para ésta y seguro para los empresarios contratistas.

Pero el interes público inherente a todos los contratos de la administración imponía *la persistencia de un derecho público* (segunda parte) igualmente afirmado por la Ley 80. La amplitud del significado de este espacio público, definido por la ley y desarrollado por la jurisprudencia, determina los nuevos equilibrios del contrato estatal.

Antes de abordar esta problemática, un capítulo preliminar permitirá presentar el telón de fondo sobre el cual se desarrolló esta concepción, a saber, el contexto particular previo a la ley y las líneas principales de ésta.

El escaso material disponsible sobre la historia de la ley[3] nos obliga a apoyarnos esencialmente sobre dos fuentes primarias de investigación. Por un lado, el conjunto de textos constitucionales, legales y reglamentarios, y por otro, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia[4]. En el análisis de estas dos fuentes, la referencia al derecho administrativo francés se revela indispensable, aunque no se trate de un estudio comparativo sino de la alusión constante de las nociones francesas que ejercieron una gran influencia sobre el derecho administrativo colombiano y que se encuentran transformadas hoy por la evolución tanto del derecho positivo como de la jurisprudencia.

---

3 Los documentos disponibles son: la exposicion de motivos del proyecto de ley y las tres ponencias parlamentarias presentadas para los debates en las comisiones cuartas permantentes y en las plenarias de Senado y Camara de Representantes, todos en Betancur Cuartas. Ob. cit.

4 En estos dos aspectos el CD Rom sobre la contratación estatal de la Universidad Externado de Colombia, dirigido por Marta Hinestrosa Rey, constituye una herramienta invaluable y un soporte esencial de cualquier investigación sobre la materia.

AJDA	*Actualité Juridique Droit Administratif* (Actualidad Jurídica de Derecho Administrativo)
Ass.	Assemblée (decisión en plenaria)
BJDCP	*Bulletin Juridique des Contrats Publics*
Bull.	*Bulletin civil*
CCAG	*Cahier des clauses administratives générales* (Pliegos de condiciones administrativas generales)
CC	Corte Constitucional
CEC	Consejo de Estado colombiano
CEF	Consejo de Estado francés
CJEG	*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (Cuadernos jurídicos de electricidad y de gas)
Chron.	Crónica
Concl.	Conclusiones
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (editorial Librería General de Derecho y Jurisprudencia)
Min.	Ministro
RDP	*Revue du droit public et de la science politique* (Revista de derecho público y de ciencia administrativa)
RFDA	*Revue française de droit administratif* (Revista francesa de derecho administrativo)
Rec.	*Recueil des décisions du Conseil d'Etat français* (Anales del Consejo de Estado francés)
req.	Requête (demanda)
S.	Recueil Sirey (Anales Sirey)
TC	Tribunal de Conflictos francés
Traité	A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE y P. DELVOLVÉ. *Traité des contrats administratifs*, París, LGDJ, vol. 1, 1983, vol. 2, 1984

CAPÍTULO PRELIMINAR

Contexto y contenido de la Ley 80 de 1993

La descripción del ambiente en que se promovió la *unificación del régimen de contratos de la administración* (I) nos permitirá comprender mejor *las líneas generales del estatuto general de contratación de la administración adoptado por la Ley 80 de 1993* (II).

I. UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La voluntad de unificar el régimen de contratos de la administración es el resultado de una *revisión del equilibrio de las relaciones entre la administración y sus contratistas* (A), así como del hecho de constatar ciertas *dificultades insuperables del antiguo estatuto* (B).

A. REEQUILIBRIO DE LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS CONTRATISTAS

Diferentes *imperativos de orden económico* (1) propenden de manera general por el establecimiento de relaciones más igualitarias entre la administración y los administrados. Esta concepción más *contractualista* (2) de la gestión pública influye cada vez con mayor fuerza sobre la concepción de los contratos de la administración.

1. IMPERATIVOS ECONÓMICOS

1. Al final del siglo XX los aspectos económicos adquirieron un rol preponderante en las decisiones políticas. La dinámica de la globalización propende por un gran cambio de la gestión pública, y con ello por el desarrollo de un lenguaje jurídico común, más seguro para la inversión y más claro para todos los actores involucrados. Este *cambio ideológico* (a) es muy sensible en materia contractual dadas las *carencias de la administración que incitan a estimular la participación del sector privado* (b), lo que se traduce no solamente en una mayor presencia del capital privado en la gestión pública sino también en *una profunda transformación de la manera de concebir esa participación* (c).

a. LA MUNDIALIZACIÓN Y LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN: UN CAMBIO IDEOLÓGICO

2. *Influencia del neoliberalismo*. La mundialización de la economía impuso una apertura en los contratos de la administración. A partir de los años 90 se cons-

tatan las dificultades de una visión estrictamente nacional del contrato. De manera general, y no solo en el sector público y en el país, la doctrina veía "el contrato atacado en su existencia misma"[1] por las nuevas y contradictorias teorías, fruto de la influencia de doctrinas económicas y políticas. Este sentimiento de *efervescencia* y de *circulación* de ideas se ha acentuado con la mundialización que impone modelos económicos bajo la batuta de la doctrina neoliberal. A nivel mundial, con acuerdos como el GAT-contratos públicos (GPA) del 15 de abril 1994. A nivel europeo, la lógica liberal y concurrencial influye profundamente sobre las tradiciones jurídicas nacionales, a tal punto que aun en Francia, en donde la tradición jurídica desarrolló con mayor fuerza la doctrina del contrato administrativo, los autores se preguntan si las directivas de la Unión Europea no están dando origen al nacimiento de una noción única de contratos públicos[2]. América Latina no escapa a esta tendencia, que ya se veía venir al final de la década de los 80 a través de la influencia de la escuela económica de Chicago. Colombia, en fin, materializó esta tendencia a través de las reformas institucionales, económicas y jurídicas del Gobierno de CÉSAR GAVIRIA.

Esta corriente generalizada afecta la manera de concebir la administración pública en la medida en que es percibida como un servicio, sujeta como cualquier otro a los imperativos y exigencias económicas, que imponen una lógica de productividad y eficacia. La evaluación de la gestión pública, rechazada conceptualmente hace unos años con el argumento de la imposibilidad de medir la *rentabilidad pública*, se torna indispensable, no sólo por la búsqueda de una mejor calidad del servicio, sino también, y tal vez sobre todo, como una medida de sobrevivencia institucional en un mundo sujeto a la competencia. La administración debe racionalizar sus gastos y rentabilizar sus servicios, debe transformarse y modernizarse para responder a los desafíos actuales, porque "los países que mejor logren transformar las instituciones públicas tendrán las mejores condiciones para lograr su desarrollo"[3].

3. *Eficacia administrativa: una obligación constitucional*. La Constitución de 1991 introdujo ciertas exigencias de la función administrativa en este sentido. A las reglas tradicionales que imponen una gestión imparcial, igualitaria, moral en aras del interés general, la Carta agregó los deberes de eficacia, economía de medios, celeridad y publicidad[4]. Estos imperativos constitucionales marca-

---

1 D. TALLON. "L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif", en *Droits*, 1990, p. 82.

2 P. TERNEYRE. "L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs", en *AJDA*, 1996, p. 86.

3 M. CROIZIER, *Etat modeste, Etat moderne*, París, Fayard, 1987, p. 73.

4 Artículo 209 C. P.: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla

ron la concepción de los contratos estatales de la Ley 80. Desde la exposición de motivos del proyecto de ley, el Gobierno insistía en la intención de modernizar la reglamentación de los contratos de la administración para adaptarla al proceso de apertura económica en curso desde el final de los años 80. La antigua legislación sobre los contratos de la administración fue calificada de "*camisa de fuerza* opuesta a las necesidades tanto del sector público como del privado, pues se trata de una regulación reglamentaria que impide la flexibilidad necesaria que debe estar presente en el actuar contractual" (cursiva original)[5].

4. *Palabras clave de la nueva gestión pública*. Tanto en la exposición de motivos del proyecto de ley como en los debates parlamentarios, *eficacia*, *desregla-mentación* y *flexibilidad* aparecen como las palabras claves de la nueva gestión contractual, y con ellas la concepción anglosajona de la administración se esboza como una ruptura de la tradicional influencia del modelo clásico del contrato administrativo francés[6]. Es así como en el acto de promulgación de la ley el presidente GAVIRIA explica que la reforma sigue la escuela moderna en la materia para "substituir aquella idea del contrato administrativo como categoría esencialmente distinta y autónoma del contrato de derecho privado, para imponer la concepción del contrato estatal como acto de colaboración, de seriedad y de equidad para el logro de finalidades de interés general sometido a los postulados de la autonomía de la voluntad, de la buena fe y de la legalidad"[7].

b. CARENCIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

5. *Asistencia del sector privado.* Las entidades públicas se ven con mayor frecuencia obligadas a buscar la colaboración del sector privado por motivos tanto económicos como técnicos.

El costo elevado de las inversiones necesarias para el desarrollo de infraestructuras supera la capacidad de los presupuestos públicos, y la ayuda del sector privado no sólo se ve como una alternativa posible sino como una necesidad. Entre otras cosas, no se trata únicamente del financiamiento directo de

---

con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones…".

5 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993. Presentación del Ministro de Obras ante el Congreso, en BETANCUR CUARTAS. *Nuevo estatuto*, cit., p. 101. Cfr. tambien L. G. DÁVILA. "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio y Pontificia Universidad Javeriana, 1997, p. 24.

6 A. QUINTERO y A. MUTIS. *Los contratos del Estado*, Bogotá, Temis, 1995, p. 1.

7 En BETANCUR CUARTAS. *Nuevo estatuto*, cit., prefacio.

proyectos sino también de la obtención de préstamos por parte de los empresarios contratistas, de montajes financieros complejos, de la disminución de riesgos para la administración y de una mejor gestión del gasto público. En síntesis, se busca una mayor eficacia en la gestión económica por parte de los particulares, en su calidad de colaboradores de la administración[8].

En cuanto a los aspectos técnicos, su complejidad es creciente y comprende la cada vez mayor especialización de los servicios, las técnicas nuevas, la renovación de equipos, la formación más exigente de sus operarios, así como las limitaciones significativas de la gestión de los presupuestos públicos.

La colaboración del capital privado y de su experiencia exige en contrapartida un marco más flexible que el de los contratos administrativos clásicos. Por su parte, la administración debe disponer de un mayor margen de maniobra para elaborar los contratos y ejecutarlos según las necesidades propias de los proyectos y de las exigencias del contratista privado.

6. *Amplitud de la creatividad.* En contravía de la concepción tradicional, según la cual las autoridades administrativas no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado por la ley y el reglamento, se abre paso "hoy en día el sentimiento opuesto: todo les es permitido salvo lo que les está formalmente prohibido"[9], con lo que se estimularía una multiplicación exponencial de la imaginación de los gerentes públicos. Las diferentes formas tradicionales de delegación de servicio público francés (*affermage* y *concession*) se ven así enriquecidas con los modelos anglosajones utilizados por los proyectos financiados por el Banco Mundial, tales como el BOT (Build-Operate-Transfer), el BOOT (Build-Own-Operate-Transfer), el ROT (Rehabilitate-Operate-Transfer), el LOT (Lease-Operate-Transfer), el LRO (Lease-Rehabilitate-Operate) y el BLO (Build-Lease-Operate)[10].

7. *Imposición de relaciones más igualitarias.* Además de las exigencias financieras y técnicas, la colaboración del sector privado impone un tratamiento más

---

8 J. P. TARDIEU. "Les modes de régulation à l'étranger", en *AJDA*, 1996, pp. 603 y ss. La infraestructura vial en el país constituye un ejemplo de la necesidad de colaboración del sector privado. El inmenso retraso del país en este campo exige inversiones muy significativas frente a las que ni los presupuestos públicos ni la infraestructura financiera nacional son suficientes. Por ello los últimos gobiernos han instaurado políticas de atracción de la inversion extranjera. Cfr. CARLOS RODADO NORIEGA. "El esquema de las concesiones viales, sus riesgos y posibilidades (la experiencia colombiana)", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 298.

9 PH. TERNEYRE. "Les montages contractuels complexes", en *AJDA*, 1994, p. 44.

10 B. DU MARAIS. "Les délégations de service public au service du développement: expérience et approche de la Banque mondiale", en *Actes du Colloque sur la gestión déléguée du service public*, Suplemento a la *RFDA*, n.º 3, París, Sirey, 1997, p. 101.

igualitario de sus relaciones con la administración. La gestión contractual es una solución alternativa de la gestión pública frente a dos extremos: la privatización y la gestión directa. Ella ofrece la ventaja de permitir la participación del sector privado sin que la administración pierda el control de la actividad. Esta fórmula, desarrollada en particular después de la Segunda Guerra Mundial, ha tenido en los últimos años un auge de especial importancia, sobre todo en las actividades rentables o por lo menos financieramente equilibradas por ingresos distintos del erario público[11]. Las grandes empresas transnacionales se interesan cada vez más en los servicios públicos y las obras de infraestructura tanto de los municipios, en los países desarrollados, como en general de todas las instancias públicas en los países subdesarrollados. Los grandes operadores, particularmente poderosos en ciertas áreas como las telecomunicaciones, la distribución de agua, gas y electricidad, así como en la infraestructura vial, constituyen un fuerte contrapeso de los poderes públicos y exigen relaciones contractuales más igualitarias y estables, según las reglas generales de los contratos privados.

c. Gestión pública comercial

8. *Aplicación objetiva del derecho comercial.* Las transformaciones jurídicas de la gestión pública no se limitan a la búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento para los proyectos. En realidad, tanto en la segunda mitad del siglo XIX como después de la Segunda Guerra Mundial los países europeos habían acudido con frecuencia a la figura de la concesión. Hoy en día, hay otros valores que están en juego. La participación del sector privado en la gestión pública pone en entredicho el funcionamiento mismo de la administración y la justificación de sus prerrogativas de poder público. Las razones económicas orientan con mayor fuerza las decisiones administrativas, y una lógica comercial se impone en la función administrativa. "Bajo la presión del principio de igualdad, las personas públicas son cada vez más asimiladas a los operadores económicos ordinarios, y tratadas como tales"[12].

9. *Redefinición de equilibrios contractuales.* Esta tendencia general influye fundamentalmente sobre la contratación pública, en la medida en que es una actividad que concierne los intereses tanto públicos como privados, y plantea la dificultad de definición de equilibrios entre ellos y, más genéricamente, de las relaciones entre la administración y el sector privado. Así, se tiende a reducir al

---

11 P. Limouzin-Lamothe. "La pratique de la délégation de service pubic", en *AJDA*, 1996, p. 572.
12 E. Eckert. *Droit administratif et commercialité*, tesis, Estrasburgo, 1994, p. 786.

máximo la reglamentación que restringe la actividad de la administración y las decisiones unilaterales de ésta, al mismo tiempo que se privilegian las consideraciones económicas. Las relaciones bilaterales (administración-contratista) se expanden para integrar otros actores que se tornan esenciales, como las instituciones financieras y las empresas u organismos de concepción de proyectos, y con ello es necesario redefinir el equilibrio contractual[13]. Más allá del *equilibrio financiero*, garantizado por los principios del contrato administrativo, la *confianza* en el éxito del proyecto se torna fundamental, a tal punto que los bancos que financian los proyectos dan prioridad a este aspecto por encima de las garantías tradicionales de pago. Los riesgos económicos constituyen la preocupación prioritaria[14]; las responsabilidades deben adaptarse a esta transformación y cada contrato exige negociaciones específicas que hacen imposible la utilización de condiciones generales o estándar de contratación.

2. CONTRACTAULISMO

10. *Aproximación entre los derechos público y privado.* La transformación de las relaciones contractuales es el reflejo de los cambios más generales de las relaciones entre la administración y los administrados. Mientras en el terreno privado los civilistas se quejan de tiempo atrás de la invasión del derecho público sobre el derecho privado, y ven en el intervencionismo en materia contractual, y en en general en la economía, un atentado contra los principios de base de las relaciones entre personas privadas[15], en el derecho público se observa una reducción de las prerrogativas de la administración y la promoción de relaciones más *concertadas* y *contractualizadas*[16]. Esta doble aproximación de los derechos

---

13 C. Bréchon-Moulènes. "Synthèse du colloque sur les marchés publics", en *AJDA*, 1994, p. 118.

14 X. Delcros y J. M. Peyrical. "Le financement privé des équipements collectifs", en *AJDA*, 1994, p. 73.

15 R. Savatier. *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, 2.ª ed., París, *LGDJ*, 1950, y respuesta de Ch. Eisenmann. "Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle)", en *RDP*, 1952, pp. 903 y ss.

16 Tendencia moderna de la gestión pública. L. G. Dávila Vinueza. "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 38. En Francia "el uso del contrato se ha vuelto tan corriente que ha transformado profundamente los métodos de la administración misma, al punto que ahora se habla de 'administración contractual'" (Lamy. *Droit public des affaires*, 2004, n.º 2084). Para responder al reto de gastar menos brindando al mismo tiempo servicios más amplios y de mejor calidad, los servicios públicos han sido objeto de profundos cambios que imponen el modelo contractual. "En Europa se ha multiplicado así el recurrir al contrato dentro del marco de la renovación de la gestión administrativa" (Joël Arnould. "Les contrats de concession, de privatisation et de services "in house" au regard des règles communautaires", en *RFDA*, 2000, pp. 2 a 28).

público y privado, concebidos antes como opuestos en su lógica, ilustra las transformaciones de las relaciones entre los individuos, y entre éstos y los poderes públicos. *El fin del monopolio del Estado sobre el interés general* (a) modifica estas relaciones pero genera a la vez *inestabilidad en los equilibrios de la gestión contractual* (b).

a. FIN DEL MONOPOLIO DEL INTERÉS GENERAL

11. *El Estado como gestor del interés general.* El contrato administrativo clásico es una expresión de la concepción ideológica del Estado intervencionista que guía, orienta y decide de manera unilateral. El Estado es el protector del interés general y ello legitima sus prerrogativas. Esta visión, inspirada en el derecho público francés que profesa un culto al Estado al cual se tiene confianza de manera espontánea[17], forjó una organización administrativa centralizada y jerarquizada en la que el Estado tiene un papel de instrumento de cohesión social. El encarna el interés general[18]. Por ello resultaba natural que el contrato administrativo se definiera como un instrumento a través del cual la administración contratante obtiene la colaboración de un particular que permanece subordinado a ella por completo. La dirección y el control del contrato, así como la amenaza de fuertes sanciones, reposan sobre la protección del *interés general* a cargo de la administración y reducen los elementos *contractuales* de la relación jurídica. No en vano los autores clásicos veían en el contrato administrativo un acto administrativo, aunque de naturaleza bilateral, en lo que vemos hoy una contradicción lógica.

12. *El interés general y las personas privadas.* Esta concepción tradicional se ha visto transformada en los últimos años para admitir un mayor papel del sector privado. Los libros de COHEN-TANUGI, *El derecho sin el Estado*[19], y de CROIZIER, *Estado modesto*, *Estado moderno*[20], exponen una ideología compartida al interior del Estado francés, cuya tradición de intervencionismo es bien conocida. En efecto, los argumentos de estos autores, partidarios y defensores a ultranza del modelo neoliberal norteamericano, son compartidos por el informe *Réseaux* 2010 sobre los servicios públicos, del *Commissariat général du Plan*, equivalente a nuestro DNP[21], así como por las instancias de la Unión Europea y por la generalidad de los países, incluida Colombia, claro está.

---

17 Commissariat Général du Plan. *La régulation des services publics*, París, Aska, 1995, p. 9.
18 M. CROZIER. *Etat modeste, Etat moderne*, París, Fayard, 1987, p. 75.
19 L.COHEN-TANUGI. *Le droit sans l'Etat*, París, Puf, 1992
20 CROZIER. Ob. cit.
21 Commissariat Général du Plan. *La régulation des service publics*, cit.

Hoy en día se pone en duda la encarnación exclusiva del *interés general* por el Estado. Por un lado, aquella concepción reposa sobre la racionalidad del funcionamiento del conjunto de las instituciones públicas, lo que es irreal. Los procesos de fuerte planificación y la definición total y global de políticas de intervencionismo a largo plazo están revaluados ante la necesidad de responder de manera rápida a las contingencias sociales y económicas en permanente transformación. Las estrategias keynesianas de intervención de los poderes públicos, que fueron fundamentales para relanzar el dinamismo de la economía en los años de posguerra, no muestran eficacia ante la complejidad económica contemporánea. Los administradores actúan como bomberos, yendo de un incendio a otro, y las leyes regulan puntualmente problemas cada vez más especializados y complejos[22].

Por otra parte, se critica al Estado por haber asfixiado el dinamismo privado. Se le califica de conjunto de instituciones megalómanas ilusionado sobre sus capacidades para actuar, que al mismo tiempo desprecia la iniciativa privada, estigmatizada por egoísta e individualista, y por esencia opuesta al interés general. Y, sin embargo, las asociaciones y fundaciones de interés general se multiplican, así como las cooperativas y las ONG que buscan desarrollar proyectos de interés general evadiendo todas las limitaciones y restricciones de la reglamentación pública. Aun las grandes empresas comerciales deben resolver problemas que, pese a tener un origen lucrativo, van más allá de su interés particular, como la creación de empleos, el desarrollo sectorial y estratégico, la deslocalización o la competencia internacional.

13. *La regulación y el interés general.* Con todo, esta crisis del interés general no conduce a la desaparición del concepto sino a su redefinición, y tal vez a su reforzamiento. Ensanchamiento de las libertades no significa ausencia de normas. Por el contrario, el ejercicio real de la libertad exige un marco de referencia. Aunque la expresión romántica de PÉRE LACORDAIRE "entre el débil y el fuerte la libertad oprime y la ley libera"[23] parezca superada hoy para algunos, la evolución y la fuerza creciente del derecho de la competencia y del derecho

---

22 El derecho "no se presenta más como un conjunto de reglas generales, jerarquizadas y articuladas, sino como un *mosaico de textos* múltiples, diversificados y entrelazados", de naturaleza esencialmente cambiante (J. CHEVALLIER. *L'Etat de droit*, París, Montchrestien, 1992, p. 113) (cursiva fuera de texto). La acción pública es así percibida como una "técnica operacional de gestión" (ibíd., p. 113), y la justificación de la administración pasa de la noción abstracta del interés general a la efectiva de la eficacia de la gestión pública en el marco de principios y valores protegidos por los mecanismos adecuados.

23 Citado por H. BLAISE. "Les conventions de travail", en *Le droit contemporain des contrats*, París, Económica, 1987, p. 51.

de los consumidores nos revelan toda su actualidad y responden a las críticas de los privatistas sobre el reglamentarismo del derecho privado[24]. Pero la particularidad de la concepción contemporánea estriba en la conciencia de que este marco de referencia no tiene necesariamente que pasar por el Estado. Puede provenir de instituciones y mecanismos que no pertenecen al Estado, o por lo menos no de manera directa y exclusiva. Esta es la idea de la *regulación*.

Diferente de la *desreglamentación*, entendida como la disminución del volumen y peso de las normas generales[25], la *regulación* es el establecimiento de mecanismos correctores de las desigualdades económicas para lograr el equilibrio entre intereses generales y privados[26]. Estos mecanismos de origen anglosajón buscan acrecentar el número de operadores económicos bajo el control de comisiones o agencias, y, aunque entre nosotros tan sólo se aplican al sector de los servicios, han cambiado la concepción de los contratos de la administración. Los mecanismos de control externo se multiplican y los poderes de la administración contratante se enmarcan y reducen. Las relaciones con los contratistas se tornan más igualitarias, al mismo tiempo que se apoyan en las ideas de negociación y de empresa común.

b. Gestión contractual: los nuevos equilibrios

14. *Redefinición del equilibrio contractual.* Los cambios económicos y de las relaciones entre los organismos públicos y la sociedad conllevan la transformación del equilibrio contractual. Después del neoliberalismo de los años 80, que profesaba la reducción del Estado a su mínima expresión, y luego de la aparición de las primeras crisis, fruto de sus excesos que ilustraron cómo la mundialización de capitales trajo consigo también la mundialización de los problemas, el desafío no es hoy en día la desaparición del papel del Estado, sino su intervención estratégica a manera de regulador de fuerzas sociales y económicas que reemplace el modelo de director supremo de la economía, propio del Estado intervencionista keynesiano[27]. En esta doctrina el contrato estatal juega un rol importante en cuanto intermediario entre las exigencias de la función administrativa y de los intereses privados.

---

24 J. Ghestin. "Droit public-Droit privé, Institutions publiques-Institutions privées. Le point de vue d'un privatiste", en *La pensée de Charles Eisenmann*, París, Económica, 1995, p. 164

25 Commisariat Général du Plan. *La régulation des services publics*, cit., p. 44.

26 Ibíd., p. 45, y Crozier. *Etat modeste*, cit., p. 123.

27 Ibíd., p. 73.

15. *El contratista: colaborador de la administración.* En 1951, Marcel Waline constataba ya un cambio en el *clima* de las relaciones entre la administración y sus contratistas que reflejaba un reequilibrio del contrato. La noción hoy ya clásica formulada por este autor, del contratista como *colaborador de la administración*, condensaba la protección de sus intereses económicos. De manera general se resalta de esta concepción del contrato administrativo la idea de desequilibrio jurídico en favor de la administración contratante, olvidando la enorme contrapartida en favor del contratista, quien goza de un estatuto privilegiado, con relación a los contratos entre particulares, por el hecho de subordinarse a las prerrogativas de la administración. Toda la particularidad de la responsabilidad sin falta del contrato administrativo en favor del contratista, con relación a los contratos entre particulares, reposa en la compensación del desequilibrio jurídico en favor de la administración contratante[28].

16. *Equilibrio interno del contrato.* Pero la evolución reciente de los contratos de la administración parece remodelar el equilibrio del contrato sobre bases distintas. El *contractualismo* generalizado estimula relaciones más igualitarias que reducen los poderes exorbitantes de la administración, y los presupuestos económicos de la operación contractual imponen negociaciones para la resolución de los problemas surgidos durante la ejecución del contrato. La colaboración recíproca de las partes contratantes se concentra así sobre el equilibrio objetivo de la transacción económica y sobre el éxito del proyecto contractual, por cuanto el fracaso de la operación conlleva costos enormes para las partes. La buena ejecución del contrato sobrepasa los intereses de las partes contratantes.

Pero no es seguro que en estas condiciones más igualitarias el contratista privado salga mejor librado. El equilibrio objetivo de la operación económica se opone a la idea de protección especial del contratista, como veremos en un capítulo posterior[29].

17. *Equilibrio externo del contrato.* Desde otra perspectiva, la evolución exige una renovación del equilibrio externo del contrato centrado sobre valores diferentes: la eficacia, la equidad y la moralidad, esencia de la función administrativa. Por un lado, se debe responder a las exigencias de una acción más dinámica de la administración, lo que justifica un clima de flexibilidad y de adaptación; las partes adquieren mayor libertad para acondicionar el contrato a las exigencias de comercialidad. Pero por otro lado, este clima encuentra sus límites en la responsabilidad de la gestión pública para con la sociedad.

---

28 A. De Laubadère. "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", en *L'évolution du droit public*, *Études offertes à Achille Mestre*, París, Sirey, 1956, pp. 384 y ss.

29 Cfr. capítulo "Ecuación contractual", infra n.os 154 y ss.

¿Se trata entonces de la noción del interés general, que una vez más legitimaría las prerrogativas de la administración contratante en la dirección del contrato? ¿El interés general, sacado por la puerta, habría entrado por la ventana? En realidad, bajo esta perspectiva, el interés general adopta un nuevo significado y no constituye, como antes, el fundamento genérico de la acción administrativa sino su límite. En otras palabras, la utilización de las prerrogativas de poder público no es la regla general sino la excepción. En vez de utilizarlas en aras de un interés general abstracto, la administración debe legitimar su uso, justificarlas de manera específica en cada caso particular. Aquí encontramos el problema del orden público administrativo, limitante de la libertad de las personas públicas contratantes, del que nos ocuparemos más adelante en el plano conceptual[30], así como lo haremos de manera específica al abordar el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes[31].

18. *Necesidad de un régimen jurídico unificado.* La evolución así descrita ilustra un marco jurídico en profunda mutación. Ni los parámetros del contrato administrativo ni los del contrato privado parecen adecuados para comprender las tendencias actuales en la materia. El dinamismo de la práctica ha desbordado la racionalidad de la clasificación derecho público-derecho privado, la mezcla de los dos derechos aumenta y las herramientas teóricas se muestran insuficientes[32]. ¿Habría que preguntarse, como lo hace GEORGES SALON, sobre la posibilidad real de una teoría general de los contratos administrativos[33], y limitarnos a constatar una especie de *existencialismo*[34] en una materia en la que en muchos países la cantidad de normas es criticada con frecuencia?[35]. El legislador intentó entre nosotros responder con la elaboración del estatuto unificado de los contratos de la administración contenido en la Ley 80.

B. DIFICULTADES INSUPERABLES DEL ANTIGUO ESTATUTO

19. La Ley 80 no respondió tan solo a la necesidad de redefinir el equilibrio general de las relaciones entre la administración y sus contratistas. La idea de

---

30 Cfr. introducción de la Segunda parte, infra n.º 296.

31 Cfr. capítulo "Prerrogativas de poder público y servicio público", infra n.os 448 y ss.

32 PH. LIMOUZIN-LAMOTHE. "La pratique de la délégation de service public", en *AJDA*, 1996, p. 575; PH. TENEYRE. "Les montages contractuels complexes", en *AJDA*, 1990, p. 55.

33 G. SALON. "Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs", en *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, p. 80.

34 D. TRUCHET. "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", en *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, París, Económica, 1987, p. 204.

35 BRÉCHON-MOULÈNES. *Synthèse Colloque sur les marchés publics*, cit., p. 126.

un estatuto contractual unificado también fue el fruto de las dificultades jurídicas inherentes al estatuto precedente que partía de la concepción dual de los contratos de la administración. Bajo el Decreto Ley 222 de 1983 las entidades públicas podían, en efecto, celebrar contratos administrativos y contratos privados de la administración. La selección entre uno y otro generaba, en principio, la aplicación de regímenes jurídicos diferentes.

20. *Identificación inicial del contrato administrativo por indicios.* Con profunda influencia del derecho francés, el nuestro se planteó el difícil problema de identificar el contrato administrativo. La jurisprudencia anterior a 1983 encontró hasta 7 criterios de identificación[36], pero en realidad más que de verdaderos criterios se trataba de una gama de indicios dependientes unos de otros, en la mayoría de los casos.

El Consejo de Estado identificaba como indicios del contrato administrativo:

1. El origen del contrato, es decir, la autorización legal, general o específica, que debería preceder su celebración[37].

2. La naturaleza de las partes contratantes: el contrato sería administrativo si al menos una de las partes era una persona jurídica de derecho público. Sin embargo, se trata de una exigencia necesaria pero no suficiente. El régimen jurídico no consagraba el criterio orgánico y por lo tanto era posible celebrar un contrato privado de la administración, incluso entre dos personas de derecho público.

3. Las formalidades necesarias para la celebración del contrato. Pero el Consejo de Estado recordaba en seguida que se trataba de un indicador complementario. Los procedimientos de selección, concretamente la licitación, constituían otro indicio, pero no servían sino para indicar el procedimiento reglado por cuanto era posible que generaran un contrato privado.

4. El criterio del servicio público –al que la jurisprudencia adicionaba artificiamente el objeto del contrato, en la medida en que este objeto era determinante si se refería a un servicio público[38]– fue concebido por la jurisprudencia de manera restrictiva. La relación indirecta con el servicio público constituía un vínculo demasiado débil para considerar el contrato como administrativo, por cuanto la finalidad de servicio público existía en todo contrato, fuese administrativo o privado. El Consejo de Estado exigía entonces la participación directa e inmediata del contratista en la prestación del servicio[39].

---

36 CEC, Sala de Consulta. Concepto del 4 de abril de 1974, *Anales del Consejo de Estado*, t. LXXXVI, p. 22.

37 CEC, Sección Tercera, auto del 9 marzo de 1988, Seguros del Estado S. A., t. 84, fls. 271 a 289.

38 CEC, Concepto del 4 abril de 1974, cit.

39 CEC. 19 junio de 1970, citado en CEC, Sección Tercera. 7 marzo de 1985, t. 59, fls. 317 a 332.

5. La cláusula exorbitante, que fue subestimada por la jurisprudencia. Aunque hasta el Decreto Ley 150 de 1978 (primer estatuto de los contratos administrativos de la Nación y sus establecimientos públicos) fue considerada importante, el Consejo de Estado la calificó de "demasiado ligera"[40].

6. La voluntad de las partes de calificar el contrato como administrativo[41].

7. El critero judicial, según el cual eran administrativos los contratos juzgados por la justicia contencioso administrativa[42].

21. *Identificación incierta del contrato administrativo.* La aplicación de los distintos indicios no fue clara, lo que generó una noción del contrato administrativo muy ambigua, como se puede apreciar en el siguiente extracto jurisprudencial: "un contrato es administrativo cuando, autorizado por la ley, es celebrado por un organismo de la administración para realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas especiales de derecho público, porque así lo dispone o autoriza la ley, estipulando cláusulas que son de forzosa aceptación para el particular contratista"[43].

La autorización legal hace pensar en una determinación legal del contrato administrativo, que no existía como regla general antes de 1983. La identificación del contrato administrativo era jurisprudencial como en Francia, ligada, bien a la relación íntima del objeto contractual con el servicio público, o bien a la presencia de cláusulas exorbitantes. Por otro lado, si interpretamos la "autorización legal" como autorización para contratar, ella existía también frente a los contratos privados, y en todo caso no siempre era del orden *legal*, como en el caso de los contratos de las entidades territoriales. Además, la sujeción parcial al derecho público se aplica a todos los contratos, bien sea por regulación especial de ciertos contratos privados (como se confirmó bajo el Decreto 222), o por la aplicación de reglas de derecho público inherentes a toda administración, como las presupuestales. En fin, la inclusión de cláusulas de forzosa aceptación por el contratista existe también en numerosos contratos de derecho privado, aun entre particulares, cuando son objeto de reglamentación, tales como los contratos de distribución, de arrendamiento, bancarios o de transporte.

22. *El criterio legal del antiguo estatuto de 1983.* El criterio legal del Decreto Ley 222 de 1983 fue entonces acogido con entusiasmo. El artículo 16 de este

---

40 CEC, Sección Tercera. 29 agosto de 1984, Alberto Álvarez y Cía. Ltda., t. 54, fls. 252 a 265.

41 CEC, Sala de Consulta. Concepto del 4 abril de 1974, cit.

42 CEC, Sección Tercera. Auto del 6 de febrero de 1986, Centro Internacional de Bogotá S. A., t. 63, pp. 263 a 271.

43 CEC. Concepto del 4 abril de 1974, cit.

estatuto establecía una lista de los contratos administrativos y calificaba los demás de contratos privados de la administración[44].

Con el criterio legal, el derecho colombiano se apartaba de la teoría general del contrato administrativo francés construida en torno a la idea del contrato innominado[45]. En efecto, en el régimen francés lo importante para la calificación administrativa de un contrato no es su calificación legal, que raramente existe, sino el servicio público inherente al objeto contractual o la presencia de cláusulas exorbitantes.

El criterio legal del Decreto Ley 222 instauraba así el único criterio de identificación del contrato administrativo, y la jurisprudencia rechazó muchas veces la aplicación de los antiguos indicios. El Consejo de Estado negó la calificación de contrato administrativo a la donación de un terreno de un empresario de finca raíz a la Empresa de Teléfonos de Bogotá para la instalación de una central telefónica, lo que antes hubiese sido considerado como un contrato que tenía una relación estrecha con el servicio público. El alto tribunal se limitó a constatar que la donación no estaba incluida en la lista del artículo 16, para recordar que después del estatuto de 1983 ni las finalidades ni los procedimientos eran indiciarios de la calificación del contrato[46].

El criterio era simple, en la medida en que tan solo había que confrontar el contrato analizado con la lista del artículo 16. Además, era absoluto, por cuanto

---

44 Art. 16 CCA de 1983: *"De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos*: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine. 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo, y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales. Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad. Parágrafo. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia".

45 PÉQUIGNOT. *Théorie générale du contrat administratif*, cit., pp. 3 y 4.

46 CEC. Auto del 6 de febrero de 1986, cit. Esta lógica de rechazo puro y simple fue aplicada independientemente de la importancia del contrato: desde el estacionamiento de un vehículo en un aparcadero urbano (CEC, Sección Tercera. 3 de septiembre de 1992, Pedro Antonio Albarracín Silva, t. 169, fls. 226 a 241) hasta el complejo contrato entre una sociedad filial de dos compañías ensambladoras de carros y el Incomex (CEC, Sección Tercera. 21 de octubre de 1994, Omega Ltda., t. 257, fls. 136 a 166D). El contrato, que establecía la cuota mínima de exportación de carros ensamblados dentro de un programa quinquenal, hubiese sido fácilmente calificado de contrato administrativo con los antiguos criterios, no solamente por el régimen exorbitante a él aplicable, sino también por los vínculos directos y claros con el servicio público.

ni los vínculos con el servicio público ni las cláusulas exorbitantes eran suficientes para la calificación de contrato administrativo[47].

23. *Contradicciones del antiguo estatuto.* Pese a esta intención general del legislador extraordinario de 1983, varias normas del mismo estatuto hicieron menos absoluta la regla del artículo 16. Primero, el estatuto no sólo regulaba los contratos administrativos sino también ciertos contratos privados de la Nación y sus establecimientos públicos. Por consiguiente, pese a la conservación de un régimen de derecho privado en estos casos, el Consejo de Estado observaba que las formalidades impuestas para ellos por el estatuto les daban un régimen *especial*[48].

Además, el estatuto admitía la posibilidad de contratos de derecho privado con cláusulas de caducidad, considerada como la cláusula exorbitante por excelencia. Si bien es cierto que la inclusión de esta cláusula no modificaba la naturaleza privada del contrato, ella generaba dos consecuencias difíciles de manejar. Por un lado, la aplicación automática de otros poderes exorbitantes de la administración, a saber, la modificación, la interpretación y la terminación unilaterales[49], y por otro, la competencia del contencioso administrativo para juzgar los litigios derivados del contrato[50].

24. *Panorama complejo.* Bajo estos términos, el régimen de los contratos de la administración se tornó en extremo complejo. La jurisprudencia brinda una

---

47 CEC, Sección Tercera. 13 de mayo de 1988, Urbanizadora Villa Alicia, t. 279, fls. 86 a 104; auto del 19 julio de 1991, Transportes Laser Ltda., t. 135, fls. 180 a 185; 6 de febrero de 1982, Contraloría General de la República, exp. 1514; 21 de octubre de 1994, Omega Ltda., t. 257, fls. 136 a 166D.

48 Sobre la venta de inmuebles: CEC, Sección Tercera. Sentencia del 6 septiembre de 1990, Beneficencia de Cundinamarca, t. 120, fls. 361 a 373. Aunque en el caso se trataba de un establecimiento público departamental, no sujeto al Decreto 222, la calificación legal de los contratos administrativos se imponía a las normas departamentales. Esta posición fue confirmada por los contratos celebrados bajo el estatuto de 1983, obligatorio para todas las personas públicas en lo referente a la clasificación de los contratos. CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. 27 de mayo de 1992, Director Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, rad. 742 de 1992, y Sección Tercera. 18 de septiembre de 1997, César Gerardo Castellanos Dominguez, t. 352, fls. 138 a 146. Igualmente, la existencia de un procedimiento de licitación no cambiaba la naturaleza privada del contrato de venta de un inmueble (ídem). Sobre la donación: CEC, Sección Tercera. Auto del 6 de febrero de 1986, Centro Internacional de Bogotá S. A., t. 63, fls. 263 a 271.

49 Art. 60 Dcto. Ley 222 de 1983: "*De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos*. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto (esos principios eran la caducidad, la modificación y la interpretación unilaterales). Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato".

50 Art. 17 Dcto. Ley 222 de 1983.

muestra de esta situación cuando describe las posibilidades de contratos bajo el régimen del Decreto Ley 222, y que son:

> a. Los contratos administrativos, que son los enumerados en el artículo 16 del Decreto 222 de 1983 y los que ley especial así lo indique, sometidos a dicho estatuto o a la ley especial. b. Los contratos de derecho privado especialmente regulados por el estatuto que son aquellos incluidos en la lista del artículo 80, menos los enumerados como administrativos en el artículo 16[51]. Estos contratos están sometidos a las normas que contiene el estatuto pero en sus efectos y demás aspectos no regulados especialmente están sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según el caso, salvo que incluyan la cláusula de caducidad. c. Los contratos de derecho privado no regulados por el estatuto, los cuales están sometidos en general a las normas civiles, comerciales o laborales, según su naturaleza[52].

25. Pese a la intención del estatuto, su aplicación no fue fácil. La exclusividad pretendida del criterio legal del artículo 16 no fue una realidad, y la jurisprudencia heterogénea del Consejo de Estado hizo ilusoria la clara distinción entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado. Ella otorgó carácter administrativo a *otros contratos no calificados como tales por el estatuto* (1) y tuvo que afrontar un nuevo problema: *las consecuencias de los actos contractuales de los contratos privados* (2).

1. CONTRATOS NO INCLUIDOS EN LA LISTA DEL ARTÍCULO 16

Pese a los términos perentorios del artículo 16, la jurisprudencia calificó de administrativos otros contratos, en algunas ocasiones *por interpretación de textos y aplicación de principios* (a), y en otras *de manera irregular e incluso contradictoria* (b).

a. INTERPRETACIÓN DE TEXTOS

26. *Las pólizas.* Un ejemplo del primer grupo lo encontramos en la calificación administrativa dada a las pólizas obligatorias tomadas por los contratistas de la

---

51 Art. 80 Dcto. Ley 222 de 1983: "*De los distintos contratos*. El presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros. Los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos".

52 CEC. 6 de febrero de 1992, Contraloría General de la República, exp. 1514.

administración. El artículo 67 del Decreto Ley 222 obligaba a los contratistas a suscribir pólizas que garantizaban las obligaciones contractuales. El Consejo de Estado encontró que este tipo de contrato era comercial para las partes privadas, es decir para el contratista y la compañía de seguros y, por consiguiente, los litigios entre estas partes eran juzgados por la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, "la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de los conflictos de intereses que se presenten con ocasión del contrato de seguro, pero sólo en cuanto éste es *garantía* del cumplimiento de uno administrativo"[53] (cursiva original).

La jurisprudencia dedujo entonces la naturaleza administrativa del contrato basada en un criterio distinto de la calificación legal del artículo 16. En realidad, se trataba de una aplicación de los antiguos criterios, en concreto de las condiciones exorbitantes del contrato, aunque en sentido estricto no se trataba de cláusulas exorbitantes sino de cláusulas reguladas por el estatuto contractual.

27. *Compraventa de bienes muebles.* Un segundo ejemplo son los contratos de compraventa de bienes muebles. No estando calificados de contratos administrativos por el artículo 16, estos contratos debían considerarse privados, pese a su regulación por los artículos 135 a 142 del estatuto. Pero la naturaleza de estos contratos era muy próxima a la de los contratos de suministros, considerados administrativos por el artículo 16. Pese a la clara restricción de estos contratos a las compras de la administración "en forma sucesiva y por precios unitarios"[54], su diferencia frente a los contratos de compraventa se tornó difícil. Así, un contrato cuyo objeto era la concepción, la fabricación y el *suministro* de una canalización para una red de alcantarillado fue considerado como un contrato de suministro, pese a que se trataba de una sola operación y que tenía un precio global FOB[55].

b. INCERTIDUMBRE JURISPRUDENCIAL

En otros casos el Consejo de Estado adoptó decisiones contrarias frente a contratos de la misma naturaleza y pese a que no estaban incluidos en el artículo 16.

28. *Arriendo de inmuebles.* En algunos casos se puede deducir una calificación implícita de contrato administrativo, pese a no haberse pronunciado sobre

---

53 CEC, Sección Tercera. Auto del 27 de enero de1994, Colpatria Compañía de Seguros Patria S. A., t. 217, fls. 38 a 70.

54 Art. 130 CCA de 1983: "*De la definición del contrato de suministro*. El contrato de suministro tiene por objeto la adquisición de bienes muebles por la administración en forma sucesiva y por precios unitarios".

55 CEC, Sección Tercera. 13 de diciembre de 1993, Metalúrgica Bárbara, t. 216, fls. 103A a 116A.

la naturaleza jurídica del contrato. El Consejo de Estado asumió la competencia sobre contratos de arrendamiento de inmuebles que, por no tener cláusulas de caducidad y no estar incluidos en el artículo 16, deberían haber sido juzgados por la justicia ordinaria[56]. En otros casos, se puede deducir la calificación administrativa a partir del régimen jurídico que el Consejo de Estado aplicó al contrato[57]. Y en algunas oportunidades la calificación fue explícita por el tipo de bien arrendado[58] o porque el contrato contenía cláusula de caducidad[59].

Por el contrario, algunas decisiones recuerdan el estatuto de 1983 según el cual sólo eran administrativos los contratos enumerados en el artículo 16. Así, se consideró privado el contrato verbal de arrendamiento de un lote municipal destinado al levante de cerdos[60], o el arrendamiento de un inmueble por el Ministerio de Defensa, pese a la regulación contenida en el estatuto[61].

29. *Distribución de licores.* En cuanto a estos contratos la jurisprudencia también es incierta, según resalte su objeto comercial o de servicio público.

---

56 Es el caso de la sentencia sobre el arrendamiento de dos pisos de un inmueble para el funcionamiento de los tribunales ordinarios (CEC, Sección Tercera. 14 de noviembre de 1990, Inversiones Plata Hermanos Ltda., t. 125, fls. 208 a 219), o de un inmueble para el establecimiento de un centro de impuestos (CEC, Sección Tercera. 30 de julio de 1993, Faizal y Cía. S. en C., t. 199, fls. 326 a 341), o de otro para el funcionamiento de dependencias del Ministerio de Trabajo (CEC, Sección Tercera. 17 de febrero de 1994, Botero Correa Hermanos Ltda., t. 220, fls. 242A a 267).

57 El Consejo de Estado encontró, por ejemplo, que el derecho comercial no era aplicable a un arrendamiento de local comercial perteneciente al aeropuerto El Dorado de Bogotá. "El contrato donde interviene la administración no puede regirse por el artículo 22 del C. de Co. (sobre actos de comercio), por cuanto se desnaturalizaría la noción misma del contrato estatal" (CEC, Sección Tercera. 12 de mayo de 1994, Carreño Ltda., t. 230, fls. 295 a 315).

58 El alto tribunal consideró así que "El contrato de 'arrendamiento' del predio ejido es un contrato administrativo y no de derecho privado de la administración […] Es un contrato administrativo en razón de la naturaleza del bien dado en arrendamiento, predio ejido o ejidal, que no tiene el carácter de bien fiscal sino que, por expreso mandato de la ley, es un bien de uso público o común del municipio (art. 1.º Ley 41 de 1948, en armonía con el 169 del Decreto 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal), imprescriptible, aunque sí enajenable en los términos de la Ley 41 de 1948. La naturaleza del bien dado en tenencia por el municipio hace que este contrato, que no deja de ser de arrendamiento por referirse a un bien de uso público y no fiscal, pueda calificarse más técnicamente como *administrativo de concesión de explotación de un bien público del Estado*" (cursivas fuera de texto) (CEC, Sección Tercera. 21 de mayo de 1993, Eleuterio León Reyes, t. 193, fls. 76 a 96).

59 CEC, Sección Tercera. 30 de julio de 1993, José Henry Salazar Pérez, t. 199, fls. 374 a 392.

60 CEC, Sección Tercera. 13 de septiembre de 1991, Luis Alfonso López Cerón, t. 139, fls. 162 a 180.

61 CEC, Sección Tercera. 16 de diciembre de 1994, Fabriciano Ramírez Calle, t. 265, fls. 376 a 384. "El hecho de que el Decreto 3444 de 1985 en su artículo 1.º disponga que a los contratos de arrendamiento que celebren las entidades públicas deban aplicarse las normas de dicho estatuto contractual no implica que los haya calificado como contratos de derecho administrativo, pues el citado Decreto 222 de 1983 regula no sólo los contratos administrativos sino también los de derecho privado de la administración, dedicando el capítulo décimo precisamente al contrato de arrendamiento. El contrato de arrendamiento es, pues, un contrato legalmente clasificado por el citado estatuto contractual como contrato de derecho privado de la administración".

Para calificar el objeto comercial el Consejo de Estado consideró que "la inclusión de la cláusula décima quinta del contrato, sobre la posibilidad de declarar su caducidad administrativa, en nada modifica el régimen legal aplicable al negocio. La única consecuencia que acarrea esa cláusula es la radicación en la jurisdicción administrativa de la competencia para conocer de los conflictos que surjan del mismo, pero ello siempre con aplicación del derecho privado"[62].

Sin embargo, también encontramos decisiones de la misma época en las que se califican de administrativos este tipo de contratos. En estas sentencias el Consejo de Estado no privilegia el aspecto comercial de la distribución y la fabricación de licores sino el servicio público confiado al particular. El acuerdo es así visto como un contrato complejo que contiene varias prestaciones accesorias a la principal. La alta corporación afirmó en una sentencia:

> la actividad industrial y comercial que debía desplegar la contratista, en virtud de la concesión que se le hacía de la explotación del monopolio de licores dentro del departamento, constituía el objeto principal del contrato.
>
> La inclusión en el contrato de la cláusula de reversión, así como el hecho de que su objeto principal no era otro que la explotación, a través de la producción y comercialización de licores en el departamento, determina que al contrato se le clasifique como de concesión, dado que presenta los elementos propios del mismo.
>
> Para la Sala el contrato es de concesión de un servicio industrial y comercial monopolizado, y en consecuencia es un contrato administrativo[63].

Por esta vía el Consejo de Estado concluye que "el contrato de concesión no sólo se celebra para la prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo, cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público. Es el caso de la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio"[64].

---

62 CEC, Sección Tercera. 14 de julio de 1995, Distrihuila Ltda. y otro, t. 283, fls. 137 a 253. Más recientemente una sentencia recordó el carácter privado de estos contratos: "Para arribar a la anterior consideración la Sala tuvo en cuenta los indiscutibles propósitos mercantiles que desarrollan las empresas industriales y comerciales de cualquier orden, los cuales no pierden su naturaleza privada por el hecho de la cláusula de caducidad" (CEC, Sección Tercera. Auto del 27 de marzo de 1998, Distrihuila Ltda. t. 367, fls. 294 a 311).

63 CEC, Sección Tercera. 31 de enero de 1997, Procuraduría General de la Nación, t. 327, fls. 109 a 153.

64 CEC, Sección Tercera. 19 de junio de 1998, Alberto Antonio Mendoza Daza, t. 374, fls. 45 a 83.

Como podemos apreciar, la jurisprudencia no se limitó al criterio restrictivo de identificación de los contratos administrativos, contenido en el artículo 16, y agregó a la lista prevista por el estatuto otros contratos considerados administrativos por *su naturaleza* y no por disposición del legislador.

2. LOS CONTRATOS PRIVADOS Y LOS ACTOS CONTRACTUALES

30. *Unidad de jurisdicción.* Además de las dificultades de la aplicación rigurosa del criterio legal, la jurisprudencia debió hacer frente a otro problema: el manejo de los contratos de derecho privado que contenían elementos de derecho administrativo.

En Francia, en el siglo XIX, "se pensó en separar las diferentes partes del contrato para resolver el problema de la atribución de competencia jurisdiccional de manera distributiva. A la justicia ordinaria le serían atribuidos los conflictos sobre las cláusulas propias de los contratos de derecho civil, y a la justicia administrativa aquéllas referidas a los contratos de obra pública. Esta doctrina no prevaleció y la jurisprudencia habría de afirmar de manera constante la unidad de competencia"[65]. En Colombia, el estatuto de 1983 reforzó aún más la unidad de jurisdicción por cuanto atribuyó a la jurisdicción administrativa la competencia para juzgar los conflictos surgidos de contratos de derecho privado que contuviesen la cláusula de caducidad, así como los actos separables de los contratos de derecho privado[66]. Pero aunque el Consejo de Estado aplicaba el derecho privado a las partes del contrato que no contenían la cláusula exorbitante[67], la práctica dio razón a FRANCIS CHAUVIN: "En realidad, lo que define la naturaleza de una convención es sobre todo la determinación de la jurisdicción competente para resolver los litigios derivados de ella"[68].

---

65 Concl. Pilon sur Req. 14 janvier 1935, Compagnie des eaux minérales de Royat, D. 1935, 1, 81, citado por L. RICHER. *Droit des contrats administratifs*, *LGDJ*, 2.ª ed. 1999, p. 87.

66 Art. 17 CCA de 1983: "*De la jurisdicción competente*. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria. Parágrafo. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad. Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a estos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa".

67 CEC, Sección Tercera. 29 de agosto de 1984, Alberto Alvárez y Cía. Ltda., t. 54, fls. 252 a 265; 9 de marzo de 1988, Seguros del Estado S. A, t. 84, fls. 271 a 289; 21 de octubre de 1994, cit.; 12 de septiembre de 1996, Blanca Cecilia Alfonso Cotrino, t. 318, fls. 271 a 293.

68 FRANCIS CHAUVIN. *Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration? Limites et paradoxes d'une évolution contrastée*. *Mélanges en honneur de Henry Blaise*, París, Económica, 1995, p. 109.

La jurisprudencia proyectó una visión fuertemente administrativista sobre estos contratos de derecho privado, sometidos a su juicio en virtud del artículo 17 del antiguo estatuto contractual, bien sea para extender los poderes exorbitantes derivados de la aplicación de la cláusula de caducidad, o para aplicarles principios de derecho administrativo.

31. *Poderes derivados de la inclusión de la cláusula de caducidad.* En ciertos casos, la jurisprudencia extendió el poder de la administración sobre su contratista, como en un contrato en el que el Distrito Especial de Bogotá arrendó un pasaje subterráneo a un particular para la instalación de locales comerciales. El Consejo de Estado consideró que se trataba de un contrato privado con cláusula de caducidad. Como estaba establecido en el estatuto de 1983, la inclusión de esta cláusula incorporaba automáticamente los poderes exorbitantes del título IV del estatuto, a saber, la terminación, la modificación y la interpretación unilaterales del contrato. Pero, fuera de estos poderes, el contrato seguía gobernado por el derecho privado y, por ende, la administración no gozaba de ningún otro privilegio exorbitante sobre su contratista.

En el caso analizado, cuando el contrato llegó a su quinto año de renovación, duración máxima de los contratos de arriendo según el estatuto[69], la administración contratante, en lugar de pedir judicialmente la restitución del inmueble –como estaba obligada en virtud de la naturaleza privada del contrato–, profirió un acto administrativo ordenando la restitución inmediata del inmueble y el auxilio de la fuerza pública en caso de resistencia del arrendatario. El Consejo de Estado consideró sin embargo que el acto era legal y que si el contratista estimaba que la administración debía demandar judicialmente la restitución del inmueble estaba obligado a demandarla ante la jurisdicción administrativa no en la acción contractual, sino extracontractual, apoyado en una falla del servicio que le permitiría obtener la indemnización de perjuicios[70].

Esta solución parece desconocer, por un lado, la naturaleza privada del contrato, y por otro, los límites de los poderes exorbitantes de la administración. En efecto, la cláusula exorbitante no cambió la naturaleza del contrato y la administración no tenía otras prerrogativas que aquellas reconocidas por la ley, entre las cuales no estaba la que utilizó. Pero además, la decisión parece también contraria a los principios del contencioso administrativo que exigen la declaración de nulidad del acto administrativo como presupuesto para reconocer el derecho a indemnización por las irregularidades del acto[71]. Si, como lo

---

69 Art. 157.

70 CEC, Sección Tercera. 30 de julio de 1993, José Henry Salazar Pérez, t. 199, fls. 374 a 392.

71 Art. 85 CCA: "Recurso de nulidad y restablecimiento del derecho".

propone la sentencia, el contencioso no anula el acto proferido por la entidad contratante, el derecho a la indemnización carecería de fundamento jurídico.

En otros casos, la jurisprudencia extendió los poderes derivados de la cláusula de caducidad. En un contrato de arrendamiento de un aparcadero en el aeropuerto de Bogotá, la administración contratante terminó unilateralmente el contrato, no por incumplimiento de las obligaciones contractuales (presupuesto fáctico de la caducidad), sino porque la Superintendencia de Industria y Comercio le había puesto de presente que su contratista cobraba tarifas superiores a las autorizadas por la reglamentación aplicable a todos los aparcaderos de la ciudad[72].

Pese a que el Consejo de Estado encontró que esta irregularidad no constituía un motivo de caducidad en los términos contractuales, concluyó que la administración podía aplicar la caducidad. "Como los contratos no sólo obligan conforme al tenor literal de los mismos, afirma la alta corporación, sino a todo aquello que resulta de su propia naturaleza y del cumplimiento de buena fe de que han de ser objeto, resulta claro que un arrendatario de un inmueble del Estado, destinado a 'aparcadero', que viola las disposiciones oficiales sobre tarifas viola también sus obligaciones contractuales, procede de mala fe y se coloca en situación de ser sancionado con la caducidad contractual".

El poder ejercido por la administración parece ser, sin embargo, de naturaleza extracontractual y no contractual. Pese a los principios de interpretación del contrato según sus cláusulas naturales y la buena fe, estas cláusulas se limitan a las prestaciones recíprocas de las partes por el efecto relativo de todo contrato de derecho privado. Por consiguiente, el comportamiento irregular del contratista no tenía ninguna relación con la ejecución del contrato. Las tarifas del parqueadero no estaban reguladas en el contrato de arriendo. Al terminar unilateralmente el contrato la administración utilizó en realidad no uno de sus poderes contractuales sino un poder de policía administrativa. El Consejo de Estado legitima la sanción impuesta por la entidad contratante mediante la referencia a la protección del interés general.

Concluir que se trataba de una obligación contractual, cuya violación permitía declarar la caducidad, autorizaría a la entidad contratante a ejercer su poder exorbitante ante cualquier violación de reglas generales por parte de su contratista, tales como el no pago de sus impuestos, de los salarios de sus empleados o el incumplimiento de normas sanitarias.

---

72 CEC, Sección Tercera. 26 de septiembre 1985, Auto Gar Ltda., t. 62. fls. 432 a 460.

32. El contrato privado se convirtió prácticamente en un contrato administrativo por el hecho de incluir en él la cláusula de caducidad. Por un lado, sabemos que la inclusión de esta cláusula conlleva la inclusión de los principios de modificación, terminación e interpretación unilaterales y, con ello, la aplicación del principio administrativista del equilibrio financiero del contrato, que permite compensar económicamente al contratista por los perjuicios que soporta, fruto del ejercicio lícito de las prerrogativas de la administración. Por este solo aspecto ya nos encontrábamos en la esencia misma de la teoría general del contrato administrativo y resultaba muy difícil aislar estas condiciones exorbitantes de los *demás* elementos contractuales que en teoría seguían siendo regidos por el derecho privado.

Por otro lado, la dificultad de determinar con claridad las fronteras entre el contrato administrativo y el contrato privado estaba reforzada por el estatuto mismo en cuanto extendía principios de derecho administrativo a todos los contratos de la administración. El Consejo de Estado resalta cómo, pese a la calificación de contrato privado de la administración, el artículo 61 imponía la cláusula de caducidad en todos los contratos que no fueran de compraventa de inmuebles o de empréstito, inclusión que sabemos conllevaba la incorporación automática de los demás poderes exorbitantes y por ende la atracción hacia el régimen administrativo[73]. El artículo 60 reforzaba esta situación al imponer la caducidad salvo norma en contrario[74].

33. *Fracaso de la distinción de los contratos de la administración.* Estos ejemplos nos muestran las grandes dificultades de la aplicación del criterio legal de identificación de los contratos administrativos establecido por el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983. El legislador extraordinario quiso escapar a los problemas de la identificación jurisprudencial pero no pudo establecer un sistema sencillo para distinguir los contratos administrativos de los de derecho privado y, sobre todo, no pudo esclarecer el problema de la influencia recíproca de estos dos tipos de contratos. Los distintos esfuerzos infructuosos revelan tal vez que la diferencia bipolar (contrato administrativo-contrato privado) es demasiado rígida y que en el fondo hay cierta unidad en todos los contratos de la administración. Sobre esta base se proyectó la Ley 80 de 1993.

---

73 CCE, Sección Tercera, 6 de marzo de 2003, Olga Osorio Zuluaga, t. 521, fls. 107-121.

74 En este sentido, ver JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colobiano y español. Análisis de la selección de contratistas*. Universidad Externado, Bogotá, 2003, pp. 174 y ss.

II. LA LEY 80 DE 1993

La Ley 80 puede presentarse como un estatuto que define los grandes principios de los contratos de las entidades públicas sobre la base de un equilibrio entre los intereses privados y el interés general.

Una vocación universal (A), una doble finalidad (B) y la determinación de los medios para lograr esa finalid (C) constituyen el hilo conductor de la ley.

A. VOCACIÓN UNIVERSAL

34. Desde el primer artículo, la ley enuncia su objetivo general: "disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales". Propósito complementado por el artículo 2.º que define qué hay que entender por entidad estatal, esto es, los organismos públicos con o sin personalidad jurídica, no solamente de la rama ejecutiva sino también, de manera amplia, de la administración, de las otras ramas del poder público (legislativo y judicial), así como los organismos independientes. La ley tiene entonces una vocación universal reforzada por la eliminación de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, reemplazada por la noción de *contratos estatales*[75].

35. *Criterio orgánico: criterio suficiente.* De esta manera, el que una de las partes sea una entidad pública parece no solamente un elemento necesario para la calificación del contrato estatal, sino un elemento suficiente, por cuanto en principio todos los contratos celebrados por las entidades estatales tienen el carácter de contrato estatal. El criterio orgánico se manifiesta de dos maneras: por una parte, incluye todas las entidades públicas contratantes, y por otra, incluye todos los contratos celebrados por éstas.

36. *Personas morales de derecho público.* El estatuto se aplica a la Nación y sus organismos descentralizados, incluidas "las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como a las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles", igual que a las otras entidades territoriales, incluidos sus organismos descentralizados (la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos espe-

---

75 GUILLERMO SALAH ZULETA. "Definición del régimen aplicable al contrato estatal", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994, p. 54.

ciales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas, los municipios y los establecimientos públicos).

El artículo fue demandado ante la Corte Constitucional por considerar que la limitación de la aplicación del estatuto a las sociedades de economía mixta con participación pública superior al 50% de su capital violaba los artículos 150 numeral 7.°, 300 numeral 7.° y 313 numeral 6.° de la Constitución, que en su orden establecen la posibilidad de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta del orden nacional, departamental y municipal respectivamente. Así mismo el actor estimaba que la disposición acusada resultaba contraria al artículo 209 de la Constitución pues al establecer el tratamiento especial en materia contractual para algunas sociedades de economía mixta no tenía en cuenta los principios propios de la función administrativa. Pero la Corte declaró la exequibilidad del aparte al considerar que el carácter jurídico de sociedades de economía mixta no depende del régimen jurídico a ellas aplicable, sino de la participación pública en su capital, cualquiera sea el porcentaje. Esta es la razón por la cual la Corte había declarado inexequible el parágrafo del artículo 97 de la ley 489 que reservaba la calificación de sociedades de economía mixta a las sociedades con participación estatal superior del 50%. (C-953 de 1999)[76]. La Ley 80 podía entonces consagrar una excepción al régimen jurídico de algunas de ellas sin desvirtuar su carácter de sociedades de economía mixta. La aplicación del estatuto contractual se justificaba además por la importante participación estatal en su capital.

En cuanto a la violación del artículo 209 de la Carta, la Corte explica que los principios de la función administrativa no se aplican de la misma manera en todo tipo de entidades. Así, las sociedades de economía mixta con participación pública inferior al 50%, si bien están excluídas de la Ley 80, no por ello escapan al control fiscal, así como a la aplicación de principios constitucionales de la gestión de recursos del Estado[77].

37. *Organismos sin personalidad jurídica*. El artículo 2.º incluye además los organismos sin personalidad jurídica e incluso las instituciones que no pertenecen a la administración: "el Senado de la República, la Cámara de Represen-

---

76 CCC. Sentencia C-953/99, del 1.º de diciembre de 1999, Ramón Carlos Zúñiga Valverde y otros, exp. D-2521, D-2525, D-2540, D-2553 y D-2558. El parágrafo establecía: "Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado".

77 CCC. Sentencia C-629/03 del 29 de julio de 2003, Hernán Cortés Correa, Exp. D-4448.

tantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".

La competencia general de la ley es tan amplia que el artículo fue demandado ante la Corte Constitucional en acción de inconstitucionalidad por el hecho de atribuir la calidad de *entidad contratante* a organismos sin personalidad jurídica. La Corte encontró sin embargo que, en los términos de la ley, se trata de una definición para los efectos de ésta. En otras palabras, el legislador podía reconocer capacidad contractual a organismos carentes de personalidad jurídica sin violar con ello los preceptos de la Constitución[78].

38. *Excepciones a la Ley 80.* Pero la pretensión unificadora de la Ley 80 no impidió la aparición de numerosas excepciones. En realidad ellas surgían ya, potencialmente, del inciso final del artículo 150 de la Constitución sobre al competencia del congreso para "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". La Corte Constitucional definió el alcance de este inciso en distintons niveles[79]:

En primer lugar, sobre el carácter ordinario de la ley de contratación la Corte precisa que el inciso "puede suscitar algunas inquietudes, particularmente en lo que concierne al sentido de la expresión "estatuto general" que si bien a primera vista parece estar aludiendo a determinada tipología legislativa –las leyes estatutarias o las leyes marco–, realmente no tiene otra connotación que la de reflejar el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales [...]

"En efecto, cuando en la Asamblea Nacional Constituyente se discutió la disposición constitucional en comento no se realizó debate alguno sobre su significado normativo. Simplemente el precepto superior en mención se aprobó considerando la pertinencia de que la función de expedir un estatuto con-

---

78 CCC. Sentencia C-374, 25 de agosto de 1994, Juan de Jesús Uribe Uribe, exp. D-513.

79 CCC. Sentencia C-949/01 del 5 de diciembre de 2001, Humberto Longas Londoño, Exp. D-3277, demanda de inconstitucionalidad del múltiples artículos de la Ley 80 de 1993. En igual sentido, CCC. Sentencia C-508/02, del 3 de julio de 2002, Alfredo Beltrán Sierra. Ref.: D-3871. Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; CEC 10 de julio de 2003, Luis Guillermo Suárez Avella, t. 530. fls. 192-262C.

tractual para el Estado quedara expresamente consagrada en cabeza del Congreso de la República, sin la intención de imprimirle al régimen contractual un especial rango legal que, de así haberse querido, seguramente habría conducido a la inclusión de esta competencia dentro de la relación taxativa de los artículos 150-19 y 152 de la Ley Suprema, que consagran las leyes marco y las leyes estatutarias, respectivamente"[80].

En segundo lugar, y "por la misma razón[,] tampoco es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística, por cuanto una concepción de esta naturaleza significa que el constituyente quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la administración respecto de los contenidos normativos, que al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demandan una regulación ágil y expedita que permita lograr la debida ejecución de la ley".

En fin, la Corte explica que "del precepto superior [no] puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa[81]".

---

80 Nota original de la Sentencia: en la Sentencia C-6333 de 1996, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo, la Corte dejó en claro que no existe identidad entre "estatuto" y las leyes estatutarias, pues mientras el primer concepto es genérico y aplicable al conjunto normativo referente a una materia cualquiera, integrado por normas constitucionales, legales o de otro nivel, agrupadas o dispersas, las leyes estatutarias se caracterizan precisamente por estar destinadas, por la propia Constitución, a regular determinadas materias cuya enunciación, es taxativa. Al paso que el nivel jerárquico de las leyes estatutarias es superior al de las demás leyes en el ámbito del asunto que regulan, un estatuto sobre determinada materia respecto de la cual el legislador ha resuelto disponer es, en principio, ley ordinaria y tan sólo de manera excepcional podría adquirir el carácter de estatutaria. La sola utilización de la palabra "estatuto", para distinguir un conjunto de normas, no puede conducir a la conclusión de que se está en presencia de una ley estatutaria o de algo que debiera tramitarse como tal. Y precisó que en lo que atañe a las normas sobre contratación administrativa, su naturaleza no tiene un rango superior al de las otras leyes de la República, pues de tales preceptos no depende la expedición de otros ni mediante ellos se rige una actividad a la que deba entenderse subordinada la función legislativa ordinaria. Se trata de contemplar normas especiales para la contratación que tiene lugar entre el Estado y los particulares, por oposición a la que se desarrolla con arreglo a las leyes civiles y mercantiles únicamente entre personas privadas, luego no existe motivo alguno para que, únicamente en consideración a los sujetos que intervienen como partes en una y otra clase de contrato, las reglas aplicables pudieran tener jerarquía normativa diferente.

81 Nota original de la sentencia: En verdad, la Ley 80 de 1993, fue concebida con arreglo a este criterio. De ello da fe la exposición de motivos, donde se lee: "La nueva ley pretende convertirse en el marco

Sobre la base de este contexto constitucional, el legislador excluyó de la ley ciertos campos en los que la atracción del derecho privado es más significativa y el panorama legislativo aparece complejo[82]. La misma Ley 80 estableció excepciones a su aplicación, de manera parcial e incluso integral, y distintas leyes especiales anteriores quedaron en vigor y otras posteriores ampliaron la complejidad.

Sin embargo, las excepciones no tienen todas el mismo alcance[83]. La mayoría de ellas constituyen en realidad *leyes particulares que no se oponen a los principios de la ley* (1). Además, *la jurisprudencia ha reducido de manera significativa el campo de aplicación de ciertas excepciones* (2), y *las excepciones verdaderas no afectan de la misma manera el sistema unitario de la Ley 80* (3).

1. LEGISLACIÓN ADICIONAL A LA LEY 80

La Ley 80 dejó en vigor la legislación especial en los sectores de recursos naturales y de telecomunicaciones, pero previó al mismo tiempo la armonización de estos regímenes con el del estatuto general.

---

normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad. Principio que debe guiar la contratación estatal. Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitado así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada. La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado". Se resalta. *Gaceta del Congreso*, año I, n.º 75, 23 de septiembre de 1992, p. 11.

82 CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ. "El nuevo régimen de contratación de la administración pública", en *Régimen de contratación estatal*, JORGE PINO RICCI (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 176.

83 Los regímenes de excepción que establecen la aplicación del derecho privado no son contrarios a la Ley 80. LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. "Aspectos fundamenales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 36.

39. *Recursos naturales.* El artículo 76 de la ley establece que los contratos de estas actividades, "así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable". Las inversiones en los sectores petrolero y minero, así como la participación frecuente de multinacionales, han conducido desde hace tiempo a su tratamiento particular, dada la importancia de estas áreas de la riqueza nacional[84]. Pero hay que precisar que el mismo artículo 76 impone a "las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse". Además, "los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley". En realidad, los regímenes impuestos por los códigos especializados se fundamentan en los principios enunciados por la Ley 80[85].

40. *Telecomunicaciones.* Los artículos 33 a 38 de la Ley 80 prevén el tratamiento especial de los contratos de telecomunicaciones. El último de estos artículos estipula que "las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley".

Pero el mismo artículo prevé que "los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley", principios que constituyen lo esencial de la Ley 80. El Consejo de Estado concluyó entonces que las particularidades del sector de telecomunicaciones no se traducen en la inaplicación de la Ley 80[86].

41. *Reglamentaciones puntuales.* Finalmente, encontramos los regímenes *especiales* de varios contratos en los que existen precisiones puntuales de algunas

---

84 Régimen de minas: Ley 57 de 1987 y Código de Minas (Dcto. 2655 de 1988); Código de Petróleos (Dcto. Ley 1056 de 1953, derogado por el nuevo código, Ley 685 de 2001); Código de Recursos Naturales (Dcto.-Ley 2811 de 1974) y leyes 99 y 161 de 1994.

85 Juan Pablo Cárdenas Mejía. "Régimen especial de ciertos contratos", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 301.

86 cec, Sala Plena. Auto del 23 de septiembre de 1997, Diego Giraldo Londoño, sentencia 701.

leyes pero que no contradicen la Ley 80. No hay que olvidar que esta ley es un estatuto de principios que no incluye la regulación en detalle de todos los aspectos contractuales. Es entonces natural que otras leyes establezcan esa reglamentación concreta, sin que ello vaya contra el espíritu de la Ley 80. Tal es el caso de la concesión de vías (Ley 105 de 1993), de los contratos del Distrito Capital de Bogotá (Dcto. Ley 1421 de 1993) o, de manera más puntual, de los requisitos exigidos para el servicio de radioaficionados (Ley 94 de 1993), la reglamentación de los contratos de impresión y edición de las entidades públicas (art. 33 Ley 98 de 1993) o la regulación contractual del certificado forestal (Ley 139 de 1994).

2. RESTRICCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS EXCEPCIONES

La vocación universal del estatuto se confirma con la interpretación restrictiva que la jurisprudencia hace de las excepciones.

42. *Salud y universidades públicas.* El Consejo de Estado ha confirmado que ni la aplicación del derecho privado a los contratos de las empresas del sector de la salud, impuesta por la Ley 100 de 1993 (art. 195.6)[87], ni el régimen contractual de derecho privado de las universidades públicas establecido por la Ley 30 de 1992 (art. 93) deben entenderse como excluyentes de la Ley 80. Frente a los contratos del las empresas sociales de salud la Sala de Consulta resaltó que pese a su régimen de derecho privado, "esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la Ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que las ESE resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato. Y en segundo lugar porque, al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la Ley 80, a esta regulación deberán atenerse. Estos contratos son precisamente los que define su artículo 32, y que ya han sido mencionados, o sea el de obra, el de consultoría, el de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, el de concesión, el encargo fiducia-

87 Ley 100 de 1993, art. 195: "*Régien jurídico*. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: [...] 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública". Ver CEC, Sección Tercera, auto de 27 de noviembre de 2002, Cajanal, Exp. 22567, t. 504. fls. 369-431. Recurso de nulación contra laudo arbitral proferido con ocasión de un contrato de servicios de salud entre Cajanal y una clínica privada.

rio y la fiducia pública, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva"[88].

El concepto consagra así un criterio material atractivo según el cual el régimen jurídico no depende del carácter de la entidad, como podría entenderse a partir del texto le la Ley 100, sino del tipo de contrato. Los contratos típicamente "estatales" definidos por el artículo 32 de la Ley 80 estarían regidos por este estatuto, independientemente de la entidad que los suscriba. Un número significativo de contratos de las empresas sociales del Estado queda entonces sujeto a la Ley 80.

Y por otro lado, sabemos que la inclusión de cláusulas exorbitantes genera una atracción formidable hacia el derecho público no sólo de su aplicación, sino del contrato mismo[89]. Pero además, la atracción hacia el derecho público también existe en los otros contratos de estas empresas por cuanto, pese a su régimen jurídico privado, el Consejo de Estado "advierte que desde el punto de vista procesal, en cuanto tiene que ver con la jurisdicción competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos que celebren ese tipo de entidades, la jurisprudencia de la [Sección Tercera] ha determinado que es la jurisdicción contencioso administrativa y no la jurisdicción ordinaria"[90]. Ya tendremos oportunidad de apreciar cómo esta sombra de las dificultades del antiguo estatuto del Decreto Ley 222 de 1983 se proyecta sobre la contratación actual[91].

En fin, frente al régimen legal aplicable a las EPS de naturaleza pública o mixta con capital superior al 50%, el alto tribunal explica que "ni la Ley 100 de 1993 como tampoco ninguna otra norma posterior, las exceptúa del régimen general de contratación establecido en la Ley 80 de 1993 para todas las entidades estatales, de las cuales, por supuesto, son parte aquéllas, en cuanto que independientemente de su denominación y objeto social, lo mismo que del orden y nivel de la administración al que pertenezcan, se trata de personas jurídicas que, a términos de lo expresamente consagrado en el numeral 1, literal a) del artículo 2.º del Estatuto General de Contratación de la Administra-

---

88 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de agosto de 1998, Ministerio de Salud, Consejo de Estado, radicación 1127-98.

89 Supra, n.os 30 y ss.

90 CEC, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Caja Nacional de Previsión Social EPS, t. 563, fls. 1-37. En el mismo sentido, auto del 5 de abril de 2001, Hospital San Roque de Alvarado, t. 465, fls. 300-318.

91 Infra, n.os 509 y 510.

ción Pública contenido en la Ley 80 de 1993, son entidades estatales y, por ende, sus contratos están sujetos a las normas de dicho estatuto legal, según lo dispone el artículo 1.º de éste mismo"[92].

Y en cuanto a las universidades públicas, la Sección Tercera del Consejo de Estado resalta que pese al régimen privado impuesto por la Ley 30, la actividad contractual de estos entes, al ser reglada, constituye el ejercicio de una función administrativa y por consiguiente está sujeta a la jurisdicción administrativa[93]. El Consejo de Estado establece así otro criterio material de calificación del contrato estatal, cuyo fundamento no es el tipo de contrato, como en las empresas sociales de salud, sino la función administrativa implícita en el objeto contractual, lo que constituye una extensión significativa. En efecto, la función administrativa implícita en el contrato no está dada por la particularidad de su objeto, que no se analiza, sino por la reglamentación de la celebración y de la ejecución del contrato, lo que no parece automática y necesariamente constituir una función administrativa.

Si bien es cierto, este razonamiento no lleva a que el Consejo de Estado concluya que estos contratos son regidos por la Ley 80, la atracción es doble: el que sean juzgados por la jurisdicción administrativa conlleva una visión publicista del contrato[94], lo que permite, por ejemplo, autorizar la liquidación unilateral[95], cuando esta prerrogativa es en principio consecuencia de la calificación de contrato estatal[96]. Y por otro lado, la jurisprudencia consagra una nueva distinción entre los contratos estatales regidos por la Ley 80 y los contratos estatales especiales, regidos por un régimen especial, como los de las uni-

---

92 CEC, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Caja Nacional de Previsión Social EPS cit. En igual sentido, sentencia del 6 de junio de 2002, Laudo Arbitral Telecom vs. Nortel Networks de Colombia S. A., t. 486. Fls. 344-432º; auto del 15 de abril de 2004, Cajanal EPS, t. 566. Fls. 48-154.

93 CEC, Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, Universidad del Tolima, t. 378, fls. 228 a 247. El Consejo de Estado considera que, pese a la existencia de regímenes especiales para los contratos de ciertas entidades públicas, hay que considerar que son contratos estatales "en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el artículo 82 del CCA antes referido". Por consiguiente, concluye la alta corporación, "la categoría 'contratos estatales' no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico-formal constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1.º Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2.º Contratos estatales especiales".

94 Infra. n.º 76.

95 CEC, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, Consorcio Carlos Julio Rivera - José Fernando Peñalosa Rengifo, t. 490. Fls. 259-301

96 Infra n.º 500.

versidades públicas, con lo cual se refuerza la idea según la cual pese a la diversidad de regímenes hay un bagaje común a todos los contratos de la administración por el hecho de constituir una función administrativa. Es este mismo fundamento el que le permite atraer hacia la jurisdicción administrativa los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como veremos luego[97].

En el fondo, la jurisprudencia administrativa consagra un verdadero criterio orgánico para la calificación del contrato estatal, criterio bajo el cual "son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales, los cuales son objeto de control por parte del juez administrativo, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los mismos"[98].

De esta manera se refuerza la idea de generalidad del estatuto contractual. En este sentido, hemos visto (supra n.º 38) cómo la Corte Constitucional ha considerado que en la interpretación del último inciso del artículo 150 de la Carta, que otoraga al Congreso la competencia para "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública", no hay que concluir que el Constituyente ordenó un estatuto único y por consiguiente son posibles los regímenes especiales. Sin embargo, la generalidad del estatuto hace que sus reglas básicas, sus principios, se apliquen globalmente a todos los contratos[99].

43. *Los servicios públicos domiciliarios: una excepción parcial.* Pero donde más se aprecia la tendencia del Consejo de Estado a la aplicación universal de la Ley 80 es en los servicios públicos domiciliarios. El título II de la Ley 142 de 1994, que regula el régimen de los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, tiene dos artículos fundamentales para nuestro análisis.

El artículo 31, según el cual "los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley (Ley 142), y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa". De esta formulación indirecta se infiere que el régimen contractual es de derecho privado, por cuanto el citado parágrafo del artículo 32 hace referencia a los contratos de las instituciones finan-

---

97 Infra n.º 43.

98 CEC, Sección Tercera, auto del 22 de agosto de 2002, Corabastos, Exp. 11001032600020020001001 (22.193). Supra n.º 35.

99 En igual sentido, LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, "Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993", 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2003, p. 25.

cieras públicas, a los que se les aplican las disposiciones comerciales y no la Ley 80[100]. Andrés Quintero considera que el artículo ha de aplicarse de manera restrictiva en la medida en que los contratos sujetos al derecho comercial son solamente aquellos que tienen una relación directa con el servicio público[101], pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional[102], así como la del Consejo de Estado, no hacen tal distinción[103].

En segundo lugar, el artículo 32 de la misma Ley 142 es más directo y no permite la interpretación restrictiva de Andrés Quintero: "Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, afirma el artículo, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado".

Esta intención de aplicar el derecho privado fue incluso extendida a las sociedades públicas, porque el artículo continúa afirmando que "la regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce".

Como se puede constatar, el legislador estableció un régimen común de derecho privado para los operadores de estos servicios, reforzado además por el sistema tarifario más o menos libre (regímenes de libertad regulada, de liber-

---

100 Ver desarrollo de este aspecto en n.os 45, 486. Como veremos en el n. ° 496, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 fue modificado por la Ley 689 de 2001.

101 Andrés Quintero. "El régimen contractual en la ley de servicios públicos domiciliarios", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 417.

102 "En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1.º del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas…": ccc, 11 de febrero de 1997, Alberto Sepúlveda, sentencia C-066-97, expediente D-1394.

103 "La asimilación que la Ley 142 de 1994 hace de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios a los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, a que se refiere el parágrafo 1.º de la Ley 80 de 1993, en relación con las actividades propias de su objeto social, trae como consecuencia que la contratación en las entidades de servicios públicos domiciliarios no está sujeta a las disposiciones de ese estatuto": cec. Sección Tercera, auto del 21 de agosto de 1997, Electrificadora del Meta S. A., t. 348, fls. 241 a 250.

tad vigilada o régimen libre: art. 88 Ley 142 de 1994) según las regulaciones establecidas por las comisiones especializadas.

Esta concepción también estuvo incluida en la Ley 143 del mismo año sobre "el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad", cuando dispone que "el régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado" (parág. art. 8.º).

44. *Criterio de la función administrativa*. Sin embargo, el Consejo de Estado se apoyó en la función administrativa desarrollada por las empresas de servicios públicos domiciliarios para concluir que los contratos de servicios públicos con los usuarios son siempre estatales, con independencia de la naturaleza jurídica de la empresa contratante[104]. Con esta decisión, contraria a un concepto precedente[105], el Consejo de Estado desconoce el régimen jurídico privado establecido por el legislador, quien señaló en el artículo 39 de la misma ley los contratos que escapaban al régimen privado, entre los cuales no estaba el de servicios públicos regulado por el artículo 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994[106].

Además, va más allá del criterio orgánico establecido por el numeral 1 del artículo 2.º de la Ley 80 por cuanto éste no considera como entidades estatales a las personas privadas y limita tal designación a las sociedades de economía mixta en las que el capital público supera el 50%.

---

104 CEC, Sala Plena, auto del 23 de septiembre de 1997, cit.; Sección Tercera, auto del 9 de octubre de 1997, Electrificadora de Sucre S. A., t. 356, fls. 122-143.

105 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 junio de 1997, Ministerio de Desarrollo Económico, rad. 931-97.

106 Art. 39 Ley 142 de 1994: "*Contratos especiales*. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales: 1. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado. El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales. La remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto. Cuando las autoridades competentes consideren que es preciso realizar un proyecto de interés nacional para aprovechamiento de aguas, o para proyectos de saneamiento, podrán tomar la iniciativa de invitar públicamente a las empresas de servicios públicos para adjudicar la concesión respectiva. Las concesiones de agua caducarán a los tres años de otorgadas, si en ese lapso no se hubieren hecho inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del período que determine de modo general, según el tipo de proyecto, la comisión reguladora. Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas. Parágrafo: salvo los contratos de que trata el numeral 1, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado".

Esta posición parece restringida por un auto del 12 de diciembre de 2001 en el que se afirma que el contrato con los usuarios es en principio privado y objeto de la jurisdicción ordinaria,

> salvo que las conductas de conflicto provengan: de los actos precontractuales cuando en los pliegos de la licitación se indique en la minuta del contrato que en éste se contendrán cláusulas exorbitantes; de las relacionadas con sus contratos cuando en estos se contengan cláusulas exorbitantes; de los 'actos administrativos contractuales' referidos a la utilización de las cláusulas exorbitantes (inc. 20 art. 31 Ley 142 de 1994), de una parte, y, de otra, a los dictados dentro de la relación empresa-usuarios atinentes a la suspensión, terminación, corte y facturación (arts. 140, 141 y 154 Ley 142 1994)[107].

El auto se apoya en el artículo 84 de la Ley 489 de 1998 que prescribe la aplicación de la Ley 142 de 1994[108].

Del alcance de la restricción jurisprudencial a las excepciones de aplicación del régimen de los contratos estatales podría concluirse que existe una doble atración hacia el régimen administrativo. Primero, porque la presencia de una función administrativa genera una atracción formidable hacia el régimen administrativo (criterio material). Y en segundo lugar, por cuanto la función administrativa se presume, en buena parte, en todo contrato de una entidad pública (criterio orgánico). Por ello el Consejo de Estado refuerza la jurisprudencia del auto del 20 de agosto de 1998 (supra n.º 42) al resaltar que "en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

"1.ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

"2.ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada,

---

107 CEC, Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2001, Romelia Villamizar de Chacón, t. 470, fls. 346 a 356.

108 Volveremos sobre este problema en el capítulo "Consolidación de prerrogativas de poder público", infra n.os 487 y 496.

es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el artículo 82 del CCA antes referido.

"De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría 'contratos estatales' no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales"[109].

Más aún, el criterio de la función administrativa, que se concentra en el objeto mismo del contrato se ve extendido a la finalidad del contrato. Así, la ley 446 de 1998 que reformó el Código Contencioso Administrativo establece la competencia del la jurisdicción administrativa para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios cuya *finalidad* esté vinculada directamente con el servicio público domiciliario. Veremos más adelante (infra n.os 489 y ss.) cómo la noción de servicio público genera una atracción hacia el régimen de derecho público.

3. CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA LEY 80

Con todo, algunos sectores permanecen integralmente excluidos de la Ley 80, aunque ello no implique necesariamente una ruptura de la vocación universal de ésta. Primero, porque algunos fueron previstos por el estatuto mismo (a). Segundo, porque la aplicación integral del derecho privado fue impuesta por la Constitución (b).

a. EXCEPCIONES PREVISTAS POR LA LEY 80

45. *Contratos de instituciones financieras.* El artículo 32, al que hacíamos referencia antes, con ocasión de la remisión de la Ley 142 de 1994, prescribe en su parágrafo primero que, "sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto so-

---

109 CEC, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2001, Nación; Ministerio de Minas y Energía, t. 438, fls. 358-381.

cial, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades".

La decisión del legislador resulta natural en un campo totalmente comercial, en el que además las instituciones financieras públicas deben afrontar hoy la competencia de los grandes bancos extranjeros que invierten más en el país, luego de la apertura económica. Estos contratos están entonces regidos íntegramente por las normas comerciales.

Con la misma lógica, el Consejo de Estado incluye también los contratos de las cooperativas creadas por las entidades territoriales (Ley 79 de 1988 y Dcto. Ley 1482 de 1989) por cuanto, consideradas como personas morales de derecho público[110], también tienen un tratamiento de empresas públicas o de sociedades de economía mixta (art. 43 Decreto Ley 1482), y el parágrafo 3.º del artículo 2.º de la Ley 80 las considera entidades estatales[111].

Sin embargo, el Consejo de Estado resalta la aplicación restrictiva del derecho privado, en la medida en que la excepción del artículo 31 tan sólo se refiere a los contratos que tengan relación con las actividades financieras[112]. Por consiguiente, los otros contratos de estos organismos están regidos por la Ley 80 de manera integral.

46. *Empréstitos públicos.* Las particularidades de estos contratos, en los que intervenienen con frecuencia organismos de crédito internacional, imponían una reglamentación particular. El parágrafo 2.º del artículo 41 de la Ley 80 establece las formalidades de perfeccionamiento de los contratos estatales en general y reenvía a las normas especiales lo concerniente a los contratos de empréstito, reglamentación que fue realizada por los decretos 2681 de 1993, 94, 95, 620 y 1121 de 1994 que definieron las distintas operaciones de crédito, los empréstitos internos y externos, la emisión y suscripción de títulos de deuda pública, las operaciones de gestión de la deuda, la celebración de contratos y las disposiciones de control.

El análisis de un tema tan especializado y técnico escapa ampliamente a los propósitos de este estudio, pero conviene resaltar cómo este tipo de contratos

---

110 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de junio de 1996, Director Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, radicación 809-96.

111 Parág. 3.º art. 2.º Ley 80 de 1993: "Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades". CEC, Concepto del 26 julio de 1996, Ministerio del Interior, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 849-96.

112 CEC. Auto del 23 de septiembre de 1997, cit.

desborda el problema de distinción entre contratos administrativo y contratos de derecho privado por plantear los conflictos de territorialidad de la ley. En efecto, la intervención de bancos extranjeros o de organismos multilaterales conlleva la aplicación de leyes extranjeras si el contrato es firmado y ejecutado en el extranjero, lo que constituye la regla general tratándose de empréstitos suscritos y pagados en el país de origen de la institución prestamista. La Ley 80 consagra esas reglas de territorialidad en su artículo 13, de conformidad con la doctrina internacional sobre la materia.

47. *Contratos con organismos internacionales.* Por el contrario, el mismo artículo 13 extendió el tratamiento privilegiado de los contratos celebrados con organismos multilaterales de crédito a los "contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, [que] podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes". Ello significa que los organismos multilaterales y los de cooperación pueden imponer la aplicación de su régimen contractual no solamente a los empréstitos otorgados a las entidades estatales sino también a los contratos financiados con estos recursos, lo que se realiza según dos modalidades.

Por la primera, las entidades públicas colombianas están sujetas a los reglamentos de los organismos multilaterales cuando sus contratos están financiados por estos organismos. Así, el BIRF y el AIF del Banco Mundial tienen reglamentos detallados para la celebración de contratos de suministro de bienes y de obra pública en los que están definidos los distintos procedimientos de licitaciones internacionales, así como los pliegos de condiciones y los contratos tipo que tan solo se adaptan a las especificidades locales en detalles menores.

A través de la segunda modalidad, más amplia aún, son los organismos extranjeros de derecho público o los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional los que ejecutan el contrato en calidad de contratistas de la administración colombiana. En este caso, por disposición del artículo 13, también se aplican los reglamentos de esos organismos y no la Ley 80, por cuanto no es el origen de los recursos sino de la calidad de los contratistas lo que autoriza la inaplicación del régimen general[113].

---

113 Ver reglamentación sobre el tema en el artículo 15 del Decreto 2170 de 2002, infra n.os 380-384.

Sin embargo, la Corte Constitucional no se atuvo a esta interpretación literal del artículo y declaró la exequibilidad condicional del inciso 4.° "en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales". Por el contrario, explica la Corte, "este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito. Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, '[...] podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes', tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado[114].

Resulta difícil establecer exactamente la importancia económica de estos contratos, porque con frecuencia las entidades estatales que los celebran no hacen en el *Diario Oficial* la publicación a la que están obligadas. Sin embargo, el análisis de la base de datos sobre los contratos estatales del *Diario Oficial* permite constatar que la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI) y la Secretaría del Convenio Andrés Bello (SECAB) celebran contratos por sumas muy importantes con los ministerios de Cultura, del Medio Ambiente, de Salud y de Educación, así como con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Presidencia de la República. Con frecuencia se trata de la gestión de proyectos de ayuda social que son confiados a estos organismos con la esperanza de una mayor eficacia frente a la gestión oficial. Sin embargo, por esta vía tanto la celebración como la ejecución de estos contratos escapan por completo

114 CCC, Sentencia del 16 de marzo de 2004, C-249/04, Sierra Porto, Humberto A, demanda de inconstitucionalidad de los incisos 2.°, 3.° y 4.° del artículo 13 de la Ley 80.

no solo a la aplicación de la Ley 80, sino también a los organismos de control y de planificación de la gestión pública.

Aunque en todos estos casos se trata de verdaderas excepciones a la Ley 80, es importante recordar la influencia de la reglamentación de los organismos internacionales, en particular del Banco Mundial, sobre la Ley 80 misma, así como la comunidad de principios. Esta observación es compartida por un concepto del Consejo de Estado en el que consideró que el carácter confidencial del análisis de ofertas de una licitación –confidencialidad impuesta por la reglamentación del Banco Mundial al financiar un proyecto de la EAAB– respetaba los principios de la Ley 80 y por consiguiente era lícita[115].

b. EXCEPCIONES PREVISTAS POR LA CONSTITUCIÓN

En fin, encontramos dos excepciones previstas por la Constitución, que naturalmente prevalecen sobre la Ley 80.

48. *Contratos del Banco de la República*. La Constitución de 1991 reconoció una amplia autonomía al banco central con relación al Gobierno, atribuyéndole un estatuto de "persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio" (art. 371). El constituyente creó así una autoridad independiente para la misión de la política monetaria, que ejerce también su función de banco de los establecimientos de crédito[116]. La doble función comercial y de intervencionismo económico fue desarrollada por la Ley 31 de 1992 que estableció en su artículo 3.º que el régimen contractual de la institución "se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta ley y en los estatutos. En los casos no previstos por aquéllas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado". De manera más clara, el artículo 53 establece que, salvo los contratos con otra entidad pública, todos los contratos estarán sujetos al derecho privado.

---

115 CEC. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1.º de noviembre de 1995, rad. 742-95.

116 Art. 371 C. P.: "*El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central*. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del Gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general".

49. *Contratos con las entidades privadas sin ánimo de lucro.* Por disposición constitucional (art. 355), los contratos de las entidades territoriales y las instituciones privadas sin ánimo de lucro y de competencia reconocida son objeto de una regulación especial por decretos reglamentarios de la Constitución (decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993)[117]. Estos contratos tienen por objeto la impulsión de programas de interés público, deben constar por escrito y respetar las formalidades exigidas por la ley para los contratos entre particulares (art. 1.º Dcto. 777 de 1992)[118].

50. *Balance incierto.* Naturalmente la Ley 80 no podía definir completamente todos los contratos de la administración, y la existencia de leyes particulares no permite concluir que se trata de regímenes de excepción del estatuto contractual general. La jurisprudencia confirma esta visión cuando afirma que "la Ley 80 de 1993, o estatuto contractual, es una ley de carácter especial y por tanto su aplicación no es de carácter supletorio sino de aplicación preferencial a las relaciones contractuales de la administración"[119]. En otros términos, hay que concebir las excepciones de manera restrictiva. Pese a la reglamentación especial, los principios de la Ley 80 son aplicables a la mayoría de los contratos.

Sin embargo, el sistema no es simple. Las leyes especiales introducen incertidumbre en las nociones, que no siempre es clarificada por la jurisprudencia. Así, el Consejo de Estado enunció una nueva distinción entre los *contratos estatales*, a los que sería aplicada la Ley 80 de manera integral, y los *contratos especiales*, que serían objeto de una aplicación parcial de esta ley, tales como los de telecomunicaciones, los de las entidades financieras públicas o los contratos de recursos naturales[120]; aunque en otra decisión afirma que siempre se trata de *contratos estatales*, "en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el artículo 82 del CCA"[121]. Decisión trascendente en la medida en que fue proferida con relación a un contrato de una universidad pública que, según la Sala de Consulta de la misma corporación, se rige por las disposiciones de la Ley 30 de 1992, esto es, por el régimen privado[122].

---

117 JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA. "Régimen especial de ciertos contratos", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994, p. 301.

118 Sin embargo, veremos que este tipo de contratos tiene vínculos con el contrato estatal por cuanto los textos permiten la inclusión de cláusulas exorbitantes. Cfr. capítulo "Consolidación de prerrogativas de poder público", infra n.º 509.

119 CEC, Sección Tercera. Auto del 8 de octubre 1998, Almacén Solo Frenos y Cía. Ltda., t. 383, fls. 205 a 207.

120 CEC, Aauto del 23 de septiembre de 1997, cit.

121 CEC, Sección Tercera, Auto del 20 de agosto del 1998, Universidad del Tolima, t. 378, fls. 228 a 247.

122 CEC. Concepto del 25 de mayo de 1994, Ministerio de Educación, exp. 609.

B. NOCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL LIGADA A SU DOBLE FINALIDAD

51. La idea de una sola categoría de contratos es fundamental en la Ley 80. Ella reposa sobre la doble finalidad de la actividad contractual que tiene en cuenta al mismo tiempo los intereses económicos de los contratistas y el interés público inherente a todo contrato estatal (art. 3.º).

El artículo 32 de la ley define el contrato estatal como "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...". La doble finalidad nos permite entonces concretar la noción general del contrato contenida en este artículo, sobre dos bases: el acuerdo de voluntades (1) y los efectos jurídicos particulares generados (2).

1. ACUERDO DE VOLUNTADES

52. Aunque la definición del artículo 32 es imprecisa porque incluye como acto contractual los actos ejecutorios, es decir los actos administrativos, el Consejo de Estado ha restringido su campo a los acuerdos contractuales[123], lo que además puede deducirse del texto del artículo 32 cuando se refiere a los actos que *celebren* las entidades públicas. El acuerdo de voluntades es entonces un elemento fundamental de la noción del contrato estatal, que permite diferenciarlo de otros instrumentos de creación de obligaciones como los compromisos unilaterales, corrientes en el derecho comercial (el cheque, la letra de cambio o la constitución de sociedad unipersonal[124]), o los actos unilaterales precedidos de un acuerdo, como algunos reglamentos de intervención económica, frecuentes en el derecho administrativo francés[125], las obligaciones impuestas por la ley[126], las licencias fruto de un reglamento[127].

---

123 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 1997, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, rad. 975-97.

124 PH. MALAURIE y L. AYNÈS. *Cours de droit civil,* t. IV, 5.ª ed., París, Cujas, 1995, p. 191.

125 *Traité*, t. I, pp. 59 y ss.

126 CEC, Sección Tercera, auto del 8 de mayo de 2003, Hospital San Juan de Dios del Socorro, t. 526. Fls. 15-23: "... si la fuente de la obligación proviene directamente de la ley y no del contrato, a pesar que exista claridad sobre la prestación del servicio y el monto de la obligación, esta no es la jurisdicción competente para conocer del tramite ejecutivo, pues el legislador nada dijo sobre el particular. Es más, en el caso concreto la prestación del servicio provino directamente de la ley y no del acuerdo de voluntadas entre ambas entidades, pues el mismo artículo 168 [de la ley 100 de 1993] dispuso que la

Nadie sostiene hoy en día la opinión de HAURIOU, para quien el contrato administrativo era una *requisición consentida*[128]. Más allá de la contradicción de la expresión (una requisición es necesariamente incompatible con el consentimiento), la fórmula sintetiza la percepción del contrato administrativo como una manifestación del poder público que reduce a su mínima expresión el rol de la voluntad del contratista. Por el contrario, el papel preponderante de la administración, que existe aun en el contrato estatal, no permite negar la importancia fundamental del acuerdo de voluntades a la base del contrato, sin perjuicio de la desigualdad jurídica de las partes, que no se opone a la admisión de una relación contractual. Es la razón por la cual tanto el derecho privado[129]

---

atención inicial de urgencias debe prestarse en forma obligatoria, la cual no requería contrato ni orden previa. En el mismo sentido se pronunció el artículo 12 del Decreto Reglamentario 783 del 2000, dicha norma dispuso que en ningún caso se podría exigir contrato u orden previa para la atención inicial de urgencias. En casos como este, si la obligación proviene directamente de la ley, porque la entidad pública o privada brindó la atención inicial de urgencias sin mediar contrato para ello, la entidad podrá solicitar el pago por concepto de dicha prestación a la promotora de salud o al Fondo de Solidaridad y Garantía en relación con daños causados en riesgos catastróficos..."

127 CEC, Sección Quinta, 30 de agosto de 2002, Ministerio de Comercio Exterior, Rad. Interna 1661 Jurisdicción Coactiva: el artículo 172 del Decreto 444 de 1967 preveía que las personas naturales o jurídicas que tuvieran el carácter de empresas exportadoras o empresarios productores podían celebrar contratos con el gobierno para introducir, exentos de depósito previo, de licencia y derechos consulares y aduaneros, las materias primas y los demás insumos que hayan de utilizarse en la producción de artículos exclusivamente destinados a su venta en el extranjero. Pero, posteriormente, el Decreto 631 de 1985, dispuso lo siguiente:
"Artículo 23.- Para todos los efectos, sustitúyense como requisito para los Sistemas Especiales de importación-exportación los contratos a que se refieren los artículos 172, 173 y 174 del Decreto Ley 444 de 1967, por las operaciones contempladas en este Decreto. Dichas operaciones serán autorizadas por Incomex con base en programas presentados por el interesado, para lo cual dicho Instituto comunicará mediante oficio la decisión respectiva.
No obstante, los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de vigencia del presente Decreto, continuarán rigiéndose por las normas bajo las cuales fueron suscritos".
Es decir que, conforme a la disposición transcrita, los empresarios productores o empresas exportadoras, no deben celebrar contratos con el Gobierno para obtener los beneficios de los sistemas Especiales de Importación-Exportación, pues, en su lugar, sólo deben cumplir las operaciones señaladas en ese Decreto. De consiguiente, la garantía que se constituye no está dirigida a garantizar el cumplimiento de contrato alguno, sino a amparar el incumplimiento de las obligaciones que asuman en aplicación del programa".
Sobre un análisis completo de los actos no contracutales BENJAMÍN HERRERA BARBOSA, *Contratos públicos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 23 y ss.

128 M. HAURIOU. *Précis élémentaire de droit administratif*, 2.ª ed., p. 727, citado por C. PONCE. *Le consensualisme dans les contrats administratifs*, Tesis, Estrasburgo, 1956, p. 86.

129 JACQUES GHESTIN. *Traité de Droit Civil. La Formation du contrat*, 3.ª ed., Paris, LGDJ, 1993, pp. 75 y ss.; FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE. *Droit civil. Les obligations*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1996, pp. 156 y ss.

como el administrativo[130] han considerado que el contrato de adhesión, pese al desequilibrio entre las partes, es contrato por cuanto la parte que adhiere lo hace libremente, aunque no pueda discutir ni negociar su contenido.

Es necesario entonces restringir el sentido de la clasificación de contrato como especie dentro del género acto administrativo. Si bien el contrato puede, como en derecho civil, considerarse como un acto jurídico, en estricto sentido no puede incluirse dentro de la categoría de los actos administrativos. La esencia de éstos es su carácter unilateral y su extraordinario poder de creación de una situación jurídica que se impone a terceros, con relación a su autor, sin necesidad de obtener su consentimiento. Estas características del acto adminsitrativo se oponen por naturaleza al contrato, cuya base reposa en el acuerdo de voluntades, indispensable para dar fuerza jurídica a las obligaciones que de él surgen. Veremos más adelante cómo esta distinción es importante para entender los alcances de la concepción del Consejo de Estado y de las críticas que pueden hacerse a ella, sobre la aplicación de las reglas presupuestales al perfeccionamiento de los contratos[131].

2. EFECTOS JURÍDICOS

El legislador de 1993 adoptó una noción amplia del contrato que reemplaza la concepción del contrato como oposición de intereses de las partes (a) por la de un instrumento de regulación de intereses de las partes hacia una doble finalidad (b).

---

130 CEC, Sección Tercera, sentencia del 20 de julio de 2002, Consultoría Oscar G. Grimaux y Asociados SAT; Citeco Consultora S. A., t. 487. Fls. 313-371: "... la sala no quiere pasar por alto la oportunidad para hacer algunas precisiones sobre la manera como se formaliza el consentimiento en la contratación con el Estado.
No tiene discusión que la voluntad recíproca constituye un principio básico y elemental de derecho de todo contrato, sea éste privado o público, como tampoco la tiene que los contratos de adhesión son una modalidad de relación negocial aceptada por la ley.
LARROUMET, luego de definir el contrato de adhesión como aquel en el que se 'somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato', precisa que 'la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente'. Y también afirma que 'si no hay duda de que el contrato de adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen' (CHRISTIAN LARROUMET. *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Temis, 1999, vol. I, pp. 120 y 121)".

131 Infra n.os 238 y 306.

a. MÁS ALLÁ DE LA OPOSICIÓN DE INTERESES DE LAS PARTES

53. *Noción restringida del contrato.* Para LEÓN DUGUIT "el contrato es el acuerdo entre dos personas que tiene por objeto hacer nacer una obligación a cargo de una de ellas, que se convierte en deudora en provecho de la otra, que se convierte en acreedora"[132].

Esta concepción estrecha del contrato ejerció mucha influencia en el derecho administrativo pero tuvo poco eco entre los privatistas quienes, siguiendo la fórmula del Código Civil francés, incluyen en la noción a la convención y, por consiguiente, no sólo ven en el contrato la creación de obligaciones recíprocas, sino también de otros efectos jurídicos. Esta última visión es compartida por las tendencias recientes del derecho administrativo francés[133] y se opone a la concepción de DUGUIT que encierra la situación contractual en el conflicto de intereses opuestos de los contratantes.

En efecto, para el ilustre profesor de Burdeos el contrato es un instrumento jurídico que pone en relación dos individuos que se encuentran para crear el acuerdo de voluntades. Uno "que declara estipular, es decir, declara querer volverse acreedor del otro, y el otro que declara prometer, es decir querer volverse deudor frente al estipulante"[134]. Es un sistema en el que los contratantes están íntimamente ligados y dependen uno del otro hasta en sus objetivos. "Uno quiere volverse acreedor del otro porque piensa que éste querrá volverse su deudor, y éste último quiere volverse deudor porque sabe que su co-contratante quiere volverse acreedor"[135].

Una serie de consecuencias fundamentales se desprenden de esta noción. Así, hay que dar un espacio significativo a los contratantes, particularmente en la negociación. Es por ello que LEÓN DUGUIT rechaza la naturaleza contractual de los contratos de adhesión, en los que ve un acto unilateral.

Además, insiste sobre la dimensión sicología del contrato, fruto del análisis más general del acto jurídico. En un sistema complejo que distingue el objeto mediato del objeto inmediato, y la finalidad determinante de la finalidad impulsiva del acto, DUGUIT estudia los distintos momentos del proceso sociológico de toda acción y explica los efectos jurídicos del contrato para las partes, a través de la fuerza obligatoria y estable de las estipulaciones. Por ello, los contratos no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes, únicas que pueden crear la rela-

---

132 L. DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel,* París, Fontemoing, 1927, t. I, p. 384.
133 L. RICHER. *Droit des contrats administratifs*, *LGDJ*, 2.ª ed., 1999, p. 15.
134 DUGUIT. *Traité du droit constitutionnel*, cit., p. 381.
135 Ídem.

ción acreedor-deudor en virtud del acuerdo de voluntades. Resulta entonces lógico que DUGUIT rechace el carácter contractual de las convenciones colectivas de trabajo, pese a la creación de obligaciones para las partes intevinentes[136].

54. *Noción objetiva del contrato.* Esta noción centrada sobre los intereses opuestos de los contratantes ha sido revaluada por la importancia reconocida a la transacción económica al interior del contrato. En esta concepción la causa del contratante no es solamente el comportamiento de la otra parte sino también su propio comportamiento, porque los dos son necesarios para la realización de la operación o transacción que será útil para las dos partes. El choque de intereses egoístas a través del contrato, que describían los economistas del siglo XIX, se reemplaza por la idea de unión de intereses equilibrados. Yendo aún más lejos, los análisis económicos contemporáneos del contrato se concentran en particular sobre los costos de transacción, es decir, en el análisis y ponderación de los distintos factores que al entorpecer el intercambio económico acrecientan el costo real de la operación[137]. Se busca entonces reducir al mínimo las tensiones, con lo que se relativiza la oposición de intereses de los contratantes, para proteger mejor el intercambio implícito en el contrato.

La importancia de la transacción económica modifica los efectos del contrato. El contrato deja de ser analizado desde el punto de vista del deudor y sus obligaciones para centrarse en la confianza del acreedor, esto es, las condiciones que pueden brindar al contrato su rol de instrumento de previsión, organización o regulación de las relaciones comerciales o civiles que tienden a ser cada vez más largas y estables. Así, es fundamental ofrecer condiciones de seguridad del contrato.

Con esta visión, el centro de interés se desplaza de los contratantes a la operación económica y social puesta en marcha a través del contrato; de la voluntad de las partes al objeto del contrato, en el sentido de operación jurídica. De una noción subjetiva del contrato se pasa a una objetiva.

En realidad, no se trata de una concepción original. Sin duda existe en el derecho continental una influencia contemporánea creciente del derecho anglosajón, derecho en el que la idea económica del contrato como transacción es fundamental, al punto que rechaza la posibilidad del contrato unilateral. Pero el derecho romano también se apoyaba en la importancia de la transacción y se inspiró en el *synallagma* griego. En realidad el formalismo del derecho romano se apoyaba en la protección

---

136 Ibíd., pp. 411 y ss.
137 GHESTIN. Ob. cit., pp. 189 y ss.

de las relaciones y contratos *socialmente útiles*, y la evolución del derecho pretoriano fue paralela a la evolución de las relaciones económicas y sociales[138].

b. REGULACIÓN DE INTERESES DE LAS PARTES

55. *Convergencia de intereses diversos.* El artículo 3.º de la Ley 80 da a la definición del artículo 32 una naturaleza objetiva, en la medida en que afirma la doble finalidad de la actividad contractual que se impone a las dos partes. El contrato estatal busca a la vez el desarrollo de misiones públicas y la obtención de beneficios. Se trata de intereses divergentes desarrollados de manera equilibrada y armoniosa por el contrato.

Por consiguiente, las partes conservan obligaciones de colaboración recíproca para obtener esta doble finalidad. Así, el artículo 3.º impone a la administración garantizar y proteger los derechos e intereses del contratista, pero al mismo tiempo recuerda a éste que es un colaborador de la administración en la obtención de las finalidades públicas, y que en esta calidad desarrolla una función social que le impone obligaciones[139].

Esta idea de equilibrio de intereses, que adquiere un valor particular en una ley de principios, es resaltada tanto por la doctrina[140] como por la Corte Constitucional que afirmó en 1996:

---

138 J. M. POUGHON. "Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat", en *Revista Droits*, 1990, p. 47.

139 Art. 3.º Ley 80 de 1993: "*De los fines de la contratación estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

140 L. G. DÁVILA. "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., 1997, pp. 11 y ss.; A. QUINTERO y A. MÚTIZ. *Los contratos del Estado*, Bogotá, Temis, 1995, p. 11; B. HERRERA. "Los principios de la contratación estatal", en *Régimen de contratación estatal*, cit., pp. 35 y ss.; J. A. PALACIO. *La contratación de las entidades estatales*, Medellín, Librería jurídica Sánchez, 1997, pp. 26 a 28; G. H. RODRÍGUEZ. "Principios de la contratación estatal", en *La nueva contratación administrativa*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1994, pp. 11 y ss.; J. A. LATORRE. "Presentación del nuevo estatuto de la contratación administrativa", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1995, pp. 27 a 29; J. BENDECK OLIVELLA. *Los pilares fundamentales de la contratación administrativa*, ibíd., pp. 17 a 19.

> Criterios de economía, eficacia, moralidad, y celeridad de las acciones estatales han determinado en los últimos tiempos que se demande la colaboración de los particulares, mediante el mecanismo de las diferentes modalidades de contratación, en la asunción y en el desarrollo de tareas o labores que antes eran del dominio exclusivo del Estado, dentro de un régimen que privilegia la autonomía de la voluntad, el equilibrio obligacional, la transparencia y la exigencia mutua de efectivas responsabilidades de diferente orden para las partes contratantes. En tales condiciones, podría decirse que el contrato estatal cada día desplaza más el modo de actuación de la administración concretado en la imposición unilateral, en beneficio de la gestión concertada, más aún cuando se trata de acometer la realización de obras que demandan altas inversiones que no siempre el Estado está en condiciones de asumir[141].

También, es a partir de esta idea de doble finalidad de la actividad contractual que se construye la *carta* de derechos y obligaciones de las partes, contenida en los artículos 4.º y 5.º de la Ley 80.

C. MEDIOS PARA LOGRAR LA DOBLE FINALIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

La Ley 80 busca el cumplimiento de la doble finalidad a través de la enunciación de *los principios* que guían toda la actividad contractual (1) y la consagración de un *régimen jurídico mixto* (2). Los mecanismos de control deben *garantizar el respeto de las finalidades* (3).

1. LEY DE PRINCIPIOS

56. La reglamentación excesiva de los contratos de la administración contenida en el antiguo estatuto, así como los imperativos económicos, orientaron al legislador hacia la simplificación de las reglas contractuales contenidas en un sólo estatuto que, a diferencia del precedente, contendría tan solo los grandes principios sobre la materia[142]. Las entidades estatales podrían desarrollar su actividad contractual en un contexto de mayor libertad, para adaptarse mejor a las exigencias de eficacia de la administración, y los contratistas tendrían, por su lado, la seguridad jurídica brindada por un sistema más igualitario, consecuencia de la reduc-

---

141 CCC, 18 de abril de 1996, Ligia López, sentencia C-154-96, expediente D-989. En el mismo sentido, CCC 25 de mayo de 1995, Alvaro Palau Aldana, C-230.

142 B. HERRERA BARBOSA. "Principios de la contratación estatal", en *Régimen de contratación estatal*, cit., p. 35; GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN. "Soluciones de controversias en la contratación estatal", en *La nueva contratación administrativa*, cit., 1994, p. 221.

ción y reglamentación de las prerrogativas de poder público de las entidades contratantes, así como la protección de la inversión privada. El refuerzo de la concurrencia y de la responsabilidad penal y disciplinaria remplazarían la abundante reglamentación del estatuto precedente que, contrariamente a su objetivo de control, había generado un sistema ineficaz y corrupto.

Es así como la Ley 80 se apoya sobre cinco principios generales que enuncia en el título II y que se describirán brevemente por cuanto estarán presentes a lo largo de los capítulos que siguen. "Los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, nos recuerda que a manera de prámbulo de este tema la Corte Constitucional, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa"[143].

57. *Principio de transparencia*. El principio enunciado en el artículo 24 busca fundamentalmente la garantía de una acción administrativa imparcial, alejada de todo favoritismo. Las diversas manifestaciones de este principio se concentran en los procedimientos de selección de los contratistas y en la publicidad de la actividad contractual.

En los procedimientos, el artículo establece la regla general de la licitación pública, suprime la antigua licitación privada y refuerza el carácter excepcional de la contratación directa, restringiendo el número de casos en los que ella es posible.

El principio se manifiesta también a través de ciertas obligaciones de las entidades contratantes que buscan eliminar de la actividad contractual todo procedimiento secreto o confidencial. Así, la administración debe definir previamente con claridad las reglas de escogencia de los contratistas y dar una amplia publicidad a las licitaciones. Para una verdadera transparencia en la actividad contractual, la ley impone a las entidades abrir los procesos de selección para que los proponentes y oferentes puedan consultar los expedientes y documentos y pedir copias. En fin, el principio establece la obligación general de motivación de todas las decisiones concernientes a la actividad contractual.

---

143 CCC, sentencia C-508/02 del 3 de julio de 2002, Luis Eduardo Montoya Medina, demanda de inconstitucionalidad del parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

58. *Principio de economía*. Este principio concreta la preocupación del legislador por asegurar una eficacia en la actividad contractual de la administración[144]. Podemos clasificar sus manifestaciones en dos grupos, según su objetivo de racionalización de la gestión contractual o de la lucha contra los vicios de la burocracia.

En el primer grupo encontramos las reglas elementales de administración que, sin embargo, con frecuencia no son respetadas. El artículo 24 recuerda la importancia de limitarse a las formas y procedimientos estrictamente necesarios para cumplir las misiones administrativas. Insiste sobre la realización de estudios y proyectos previos a la celebración del contrato así como sobre las previsiones presupuestales.

Podemos también incluir en este grupo las reglas de función administrativa, en particular la delegación y la desconcentración de funciones, así como la supresión de múltiples controles administrativos.

En cuanto a las manifestaciones de la corrección de los malos hábitos administrativos, el artículo impone una serie de obligaciones sobre la base del carácter instrumental de los procedimientos administrativos. De esta manera prohibe toda formalidad o procedimiento no previsto en los reglamentos, y obliga a la administración contratante a responder a los proponentes aun cuando sus peticiones tengan irregularidades no fundamentales, que además debe corregir de oficio. De igual manera prohibe la extensión de plazos otorgados por los reglamentos e impone la obligación de responder rápidamente a las solicitudes de los contratistas, so pena de aplicación del silencio administrativo positivo.

59. *Principio de responsabilidad*. Este principio, desarrollado por el artículo 26, concreta el contrapeso de la flexibilidad reconocida por el legislador a los actores contractuales. El artículo recuerda y refuerza los distintos tipos de responsabilidad aplicable no solo a los funcionarios, sino también a los contratistas. Más adelante nos ocuparemos en detalle de este principio, así como de su rol en la recuperación de la lógica contractual[145].

60. *Principio de la selección objetiva del contratista*. Se trata de un principio que guía todo proceso de selección de los contratistas, bien sea fruto de licitación o de contratación directa (art. 29). En realidad, podemos calificarlo como una manifestación del principio de transparencia, por cuanto busca garantizar la imparcialidad de la administración en la selección de sus contratistas. Pero veremos cómo la obligación de selección objetiva comprende también un

---

144 Herrera Barbosa. *Principios de la contratación estatal*, cit., p. 44.
145 Infra, n.os 256 y ss.

propósito de racionalidad del contrato[146]. Desde este punto de vista, el principio podría considerarse como manifestación del principio de economía.

61. *Principio de la ecuación contractual.* En fin, el quinto principio fundamental enunciado por el artículo 27 de la ley consagra el deber de las partes de conservar el equilibrio entre las prestaciones existentes al momento de contratar. Su importancia y sus particularidades con relación a la noción del equilibrio financiero del contrato nos imponen también un análisis más profundo tanto de la noción de equilibrio financiero[147] como de su aplicación jurisprudencial[148].

2. RÉGIMEN JURÍDICO MIXTO

62. *Coexistencia del derecho privado y del derecho público.* La complejidad mayor del sistema de la Ley 80 es la creación de un régimen jurídico que mezcla íntimamente el derecho privado y el derecho público. Al reconocer los objetivos de rentabilidad y eficacia de la gestión pública, la ley acepta con amplitud el funcionamiento de las entidades estatales bajo los parámetros del derecho privado que crean una relación más igualitaria entre las partes. Pero consciente de los particulares deberes y de la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios públicos y, en general, en la marcha de la función administrativa que tiene a su cargo, el legislador recuerda las finalidades de interés general que deben siempre guiar la acción de la administración, incluso cuando utiliza los medios de derecho privado.

a. REGLA GENERAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Al contrario de la teoría clásica del contrato administrativo, la Ley 80 no consagra la aplicación subsidiaria del derecho privado sino que hace de él el régimen común.

63. *Derecho privado: régimen supletivo en el contrato administrativo.* GEORGES PÉQUIGNOT explicaba en su célebre tesis cómo el derecho privado tiene un carácter supletivo en el contrato administrativo y cómo el juez administrativo cita raramente el derecho privado. Además, cuando lo hace le impregna su propia visión publicista, lo que produce concretamente instituciones contractuales que no tienen el mismo significado que en derecho privado[149]. En ello consiste la

---

146 Infra, n.os 339 y ss.
147 "La ecuación contractual", infra n.os 139 y ss.
148 "La aplicación jurisprudencial de la ecuación contractual", infra. n.os 527 y ss.
149 PÉQUIGNOT. *Théorie générale du contrat administratif*, cit., p. 184.

originalidad de la teoría del contrato administrativo y no, como se pretende a veces, en una autonomía completa frente a las instituciones del derecho privado.

En el derecho colombiano la jurisprudencia había recordado la importancia de las normas de derecho privado en el contrato administrativo bajo el antiguo estatuto de 1983[150], así como su carácter subsidiario por cuanto la definición legal del contrato administrativo en el artículo 16 dejaba un amplio margen de aplicación a los tipos contractuales del derecho privado[151].

64. *Derecho privado: régimen común de los contratos estatales.* Por el contrario, la Ley 80 no se limita a reconocer la importancia del derecho privado sino que prescribe que éste es el derecho común de los contratos estatales. El artículo 13 de la ley, sobre "la normatividad aplicable a los contratos estatales", lo establece de manera perentoria: "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".

El derecho público se convirtió así en el derecho aplicable por excepción, y la lógica del contrato se vio profundamente modificada[152] para abrir mayor campo a la comercialidad. El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, establece en su artículo 8.º que en las materias no reguladas por la ley "se aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil". La aplicación de estos artículos que definen los actos de comercio corrobora la tendencia francesa a la aplicación objetiva del derecho comercial a toda actividad de esta naturaleza sin consideración de la calidad pública o privada de su autor[153], tendencia reforzada en la Ley 80 a través de la consagración de un principio emblemático del derecho privado: la autonomía de la voluntad.

b. APLICACIÓN DOSIFICADA DEL DERECHO PÚBLICO

65. *Una dialéctica constante.* Con todo, no hay que concluir que el régimen de los contratos de la administración fue simplemente privatizado. La regla gene-

---

150 CEC, Sección Tercera, 13 de mayo de 1988, Urbanizadora Villa Alicia, t. 279, fls. 86 a 104.

151 CEC, Sección Tercera, 18 de septiembre de 1997, César Gerardo Castellanos Domínguez, t. 352, fls. 138 a 146.

152 QUINTERO. "El régimen contractual", cit., p. 8: "Es importante destacar el cambio radical de orientación que experimenta la ley al ordenar la privatización del clausulado, para consagrar así la aplicación del derecho público solo por excepción". En el mismo sentido, PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación de las entidades estatales*, cit., p. 26.

153 ECKERT. *Droit administratif et commercialité*, cit., p. 13.

ral de aplicación del derecho privado no significa aplicación *exclusiva* del derecho privado. El sistema establece en realidad un régimen mixto que combina el derecho privado con las finalidades de interés general. La administración contratante no es enteramente *autónoma* en sus decisiones, en la medida en que siempre está guiada por las finalidades de la actividad contractual fijadas por el artículo 3.º, que analizamos antes (supra, n.º 55). Estas finalidades resultan fundamentales en una ley de principios. Es por ello que el artículo 40 clarifica que "en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a *los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración*" (cursiva fuera de texto). Con el mismo espíritu, el artículo 28 recuerda que "en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración *los fines y los principios* de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" (cursiva fuera de texto).

En estos términos, la pregunta que se puede plantear es: ¿cómo determinar el límite en la aplicación del derecho privado frente a las finalidades y principios establecidos por la ley? ¿Cómo establecer las proporciones del derecho privado y del derecho público en un régimen mixto?

La originalidad de la Ley 80 en esta materia es la creación de una gama de combinaciones de derecho privado y derecho público, cuya determinación concreta depende del grado de relación entre el objeto contractual y el interés general, y más concretamente el servicio público, conservando siempre como telón de fondo los principios de la actividad contractual.

Dos ejemplos nos permiten apreciar esta dialéctica: los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, y los contratos con los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

66. *Contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado.* Estos contratos tienen en principio un fuerte contenido de derecho privado por la actividad comercial desarrollada por este tipo en entidades estatales. Ello les brinda flexibilidad en la selección de sus contratistas en un clima comercial y los exime de las licitaciones públicas, ya que el literal m del artículo 24.1 prevé la contratación directa para sus contratos que desarrollan la actividad comercial o industrial.

Sin embargo, estas empresas deben adoptar procedimientos de selección de contratistas que garanticen la *selección objetiva* impuesta a todas las entida-

des estatales contratantes por el artículo 29 de la Ley 80[154]. La administración no podría realizar una selección subjetiva, arbitraria o caprichosa contra el principio de la concurrencia que se aplica a todo contrato estatal.

Así mismo, ciertos contratos de estas empresas en los que el interés general es importante, tales como "los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra", deben incluir las cláusulas excepcionales de caducidad, interpretación, terminación y modificación unilaterales[155].

67. *Contratos con los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.* Vimos con anterioridad que en este tipo de contratos la jurisprudencia tuvo un papel decisivo en su recuperación hacia el *terreno* del derecho administrativo[156], al considerarlos contratos estatales.

Al analizar estos contratos, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 142 de 1994, la Corte explica su régimen jurídico mixto. En efecto, explica la Corte, los contratos con los usuarios incluyen un régimen reglamentario sobre el funcionamiento del contrato. Régimen administrativo que se adiciona a las condiciones generales y uniformes definidas por la empresa prestadora del servicio y a las estipulaciones individuales establecidas por las partes, regidas por el derecho privado[157].

El Consejo de Estado profundizó esta orientación al explicar que los reglamentos aplicables a estos contratos constituyen actos condición que ubican a las partes contratantes en situaciones jurídicas objetivas definidas por las Comisiones de regulación de los servicios públicos, comisiones que conservan siempre la competencia para modificar estos reglamentos. Sin embargo, aclara el Consejo de Estado, los contratos tienen al mismo tiempo un amplio contenido de derecho privado expresado en las condiciones particulares sujetas al Código de Comercio por disposición del artículo 132 de la Ley 142 de 1994[158].

---

154 Imposición del deber de selección objetiva incluso en los contratos de derecho privado: CEC, Concepto del 20 de agosto de 1998, Ministerio de Salud, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1127-98.

155 CEC. Concepto del 3 de febrero de 1995, Ministerio de Comunicaciones, Consejo de Estado, Anales t. 142, fls. 341 a 347.

156 Supra nos 43 y 44.

157 CCC. 13 de junio de 1996, José Bastos Porras, sentencia C-263-96, exp. D-1059.

158 CEC, Sección Tercera. Auto del 12 de marzo de 1998, Electrificadora de Sucre S. A., t. 366, fls. 113 a 118. "En concepto de la Sala este es un contrato de los denominados regulados, porque su contenido está definido, en primer lugar, por la ley y el reglamento, y en segundo lugar, por la empresa al señalar las condiciones uniformes en que prestará el servicio, y en casos especiales en forma conjunta por usuarios y empresa, cuando en ejercicio de la autonomía de la voluntad pacten algunas condiciones o

La jurisprudencia administrativa tiende entonces a consolidar la unidad del sistema del contrato estatal resaltando que al interior de esta categoría hay matices. Prueba de ello es el que haya calificado de contrato estatal el contrato con los usuarios creando así una excepción *jurisprudencial* a la regla general de la Ley 142 según la cual todos los contratos de las empresas prestadoras de servicio público son de derecho privado.

68. *Dosificación de las prerrogativas de poder público.* El sistema de dosificación de derecho público se puede apreciar particularmente en la utilización de las prerrogativas de poder público justificadas por las exigencias del servicio público. Es así como los artículos 14 a 19 de la Ley 80 obligan la inclusión de las cláusulas excepcionales solo en ciertos contratos que involucran directamente el servicio público y autorizan su utilización tan solo para evitar la perturbación del servicio público. En un capítulo posterior desarrollaremos esta noción fundamental para la compresión del ejercicio de las prerrogativas de poder público de la administración en el contrato estatal[159].

69. *Equilibrio del régimen mixto, telón de fondo de la ley.* El contrato estatal aparece como resultado de la tensión entre dos polos opuestos: por un lado, la influencia económica del neoliberalismo expresada por el emblema ideológico de la autonomía de la voluntad, y por otro, las responsabilidades de las entidades públicas frente a la sociedad que orientan toda su actividad contractual y les imponen objetivos y finalidades aun en sus relaciones comerciales. El resultado es un nuevo equilibrio de las relaciones contractuales que debe construirse sobre las polaridades que, en lugar de oponerse y excluirse recíprocamente, deben complementarse. Este equilibrio constituye no solamente el soporte de la noción del contrato estatal, sino también el telón de fondo que guía todo su régimen[160].

3. GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS FINALIDADES

El medio creado por la ley para el logro de las finalidades de la actividad contractual es el sistema de controles que opera en dos niveles deferentes: uno desarrolla el control sobre la gestión contractual (a), el otro busca la coherencia del sistema, a través de la unidad jurisdiccional (b).

---

cláusulas particulares (art. 132 Ley 142 de 1994)" (CEC, Sección Tercera, auto del 9 de octubre de 1997, Electrificadora de Sucre S. A., t. 356, fls. 122 a 143).

159 "Prerrogativas de poder público y servicio público", infra. nos 457 y ss.

160 Se trata de un sistema híbrido que mezcla la eficacia con el interés general. A. QUINTERO. "El régimen contractual en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, cit., p. 419.

a. CONTROL DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL

70. La Asamblea Constituyente de 1991 tuvo una especial *intención* de brindar a los controles de la administración la necesaria autonomía para escapar tanto a los intereses políticos como a la presión gubernamental. Por ello dio una especial autonomía administrativa a los organismos de control: la Fiscalía General de la Nación, para el control penal; la Contraloría General de la República, para el control fiscal, y la Procuraduría General de la Nación, para el control disciplinario.

La Ley 80 reforzó la competencia de estas tres entidades y adicionó el control ciudadano.

71. *Control penal.* El artículo 64 de la ley refuerza la función de investigación sobre los delitos contractuales y ordena la creación de unidades especializadas para hacer más efectivas las competencias de la Fiscalía. Más independiente, poderosa y especializada, la Fiscalía debía hacer más efectiva la responsabilidad penal ampliamente reforzada por la Ley 80[161].

72. *Control fiscal.* El artículo 65 de la ley desarrolla las competencias constitucionales de este control en la actividad contractual. Así las contralorías pueden ordenar la adjudicación pública de contratos, prevista por el artículo 273 de la Carta (num. 10 art. 30 Ley 80); pueden exigir a las entidades estatales contratantes los reportes de gestión (art. 65 ibíd.), y deben ejercer el control de la contratación directa fruto de la declaración de urgencia manifiesta (art. 43 ibíd.), tanto de la declaración misma, como de los contratos consecuencia de ella[162].

73. *Control disciplinario.* Pese a la competencia disciplinaria de cada entidad estatal, la Constitución atribuye a la Procuraduría General de la Nación competencia preferencial para adelantar las investigaciones disciplinarias sobre todos los servidores públicos a todos los niveles territoriales de la administración, salvo las excepciones constitucionales (art. 277). La Ley 80 desarrolla este amplio poder en materia contractual. Su artículo 62 atribuye competencia a la Procuraduría para intervenir en todas las etapas de la gestión contractual con los medios de investigación reforzados por la Constitución. Y el artículo 63 le impone el deber de realizar visitas periódicas a las entidades estatales contratantes para vigilar la probidad de sus funcionarios en la materia, así como el deber de hacer públicas estas visitas para que los ciudadanos puedan denunciar las irregularidades que conozcan y formular acusaciones[163].

---

161 Volveremos sobre el tratamiento de la responsabilidad penal en los n.os 267 y 272.

162 Volveremos igualmente sobre el tema en el n.º 198.

163 Ver desarrollo complementario de este control en n.º 268.

74. *Control ciudadano.* El artículo 66, por su parte, da una gran importancia a la participación ciudadana en el control de la gestión contractual. Por ello impone el deber general, en cabeza de las autoridades públicas, de apoyar y colaborar de manera especial a las personas y asociaciones que desarrollen proyectos de control y vigilancia sobre los contratos.

b. UNIDAD DE JURISDICCIÓN

75. *El juez administrativo, juez del contrato estatal.* El artículo 75 de la ley atribuye a la jurisdicción administrativa el juzgamiento de todas las controversias derivadas de los contratos estatales.

Este artículo constituye uno de los pilares del sistema contractual establecido por La Ley 80. En efecto, la antigua relación entre la competencia y el fondo analiza la naturaleza jurídica del contrato (administrativo o privado) para derivar de ella la competencia jurisdiccional (contencioso administrativa u ordinaria). Pero en un régimen unificado la unidad de jurisdicción se imponía naturalmente[164]. La Corte Constitucional calificó conforme a la Carta dicha unidad[165], y el Consejo de Estado explicó su amplitud a propósito del contencioso de ejecución de los contratos estatales[166].

Sin embargo, resulta paradójico que un régimen que impone la regla general de aplicación del derecho privado, y relega el derecho público a la condición de régimen de excepción, no atribuya el juzgamiento de los litigios contractuales a la jurisdicción ordinaria. Sin duda, en la decisión política del legislador prevaleció el rol de la jurisdicción administrativa en protección de los interés públicos sobre la coherencia dogmática.

76. *¿Transformación de la función administrativa?* El Consejo de Estado desarrolla la idea según la cual "los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa, y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema"[167], para privilegiar así el principio de uni-

---

164 Esta reflexión también se hizo tanto en la exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 como en los debates parlamentarios (J. BETANCUR CUARTAS. *Nuevo estatuto general de la contratación administrativa*, 5.ª ed., Bogotá, Dike, 1995, pp. 144, 166 y 173).

165 CCC, 26 de agosto de 1996, Darío Giovanni Torregroza Lara, demanda de inconstitucionalidad del artículo 75, sentencia C-388-96, expediente D-1145.

166 CEC. Sala Plena. Auto del 29 de noviembre de 1994, Rigoberto Arenas Olmos, t. 1, año 95, fls. 18 a 55.

167 CEC, Sección Tercera. Auto del 23 de septiembre de 1997, citado y ratificado por el auto del 22 de octubre 1998, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S. A. ESP, t. 385, fls. 256 a 264.

dad de jurisdicción que permite al juez administrativo juzgar los conflictos sobre contratos con un amplio contenido de derecho privado.

Esta idea podría explicarse por la profundidad de los cambios implícitos en las reformas de los últimos tiempos. Más allá del campo contractual, la que se encontraría transformada es la función administrativa, y con ella el funcionamiento de todo el derecho administrativo. Iríamos entonces hacia la aceptación de una función administrativa compuesta tanto de derecho público como de derecho privado, no de manera alterna sino superpuesta y mezclada. La noción tradicional, que distingue los regímenes público o privado según que el acto (o contrato) sea la manifestación de una función administrativa o de una función comercial, sería reemplazada por el reto de construir una noción unitaria en la que la función administrativa combina *finalidades* de interés general con *medios* de derecho privado.

De cualquier manera, como lo veremos a lo largo de los distintos capítulos de este estudio, y particularmente en el título segundo de la segunda parte, la unidad de jurisdicción ha sido fundamental para el desarrollo de la aplicación de la Ley 80.

PRIMERA PARTE

Lógica contractual: retorno a los medios de derecho privado

77. *Retorno a las bases fundamentales.* La Ley 80 es más que un simple esfuerzo de perfeccionamiento del régimen precedente. Tanto el proyecto de ley presentado por el Gobierno como los debates parlamentarios se esforzaron por demostrar cómo la evolución legislativa contractual no había producido los efectos queridos pese a la intención de los textos. El desafío de la Ley 80 era entonces transformar profundamente un sistema que de reforma en reforma se volvió denso en extremo, enredado e ineficaz. El peso de los controles, el reglamentarismo y los procedimientos generaron un contrato que se alejaba artificialmente del contrato civil. El exceso de derecho público habría así suprimido a los contratos de la administración su naturaleza contractual.

Era entonces necesario retornar a las bases fundamentales de todo contrato para recuperar la lógica contractual que se identificó con una mayor presencia del derecho privado, específicamente con una lógica contractual de derecho privado. La Ley 80 concreta esta visión cuando afirma la regla general de aplicación del derecho privado, salvo las excepciones explícitas (art. 13).

78. *Privatización del régimen contractual?* Sin embargo, queda por definir lo que ello significa. ¿Se trata de la generalización de los antiguos contratos privados de la administración? ¿Hay que concluir que la Ley 80 impuso una privatización de todo el régimen de los contratos de la administración? ¿O debemos concluir por el contrario que la Ley 80 terminó afortunadamente con la dualidad, artificial para algunos[1], entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración para reforzar el contenido público de todos los contratos pero aceptando a la vez su fundamento en la teoría general del contrato privado?

79. *Medios de derecho privado.* Más que un verdadero *régimen* de derecho privado, el legislador parece haber introducido *medios* de derecho privado que consideró más apropiados para cumplir los objetivos de derecho público en un Estado contemporáneo inmerso en un mundo más competitivo. Pero en ese caso, ¿estamos todavía en el campo del verdadero derecho privado?

Además, si se analiza el derecho privado de hoy, ¿puede afirmarse con razón que se opone al derecho público? ¿Se pueden todavía definir respectivamente como derecho *de autonomía* y derecho *de imposición*?

80. *Conceptos y manifestaciones.* El análisis de la recuperación del espacio contractual brindado por la Ley 80 debe comprender diferentes fases. Será necesario un *análisis conceptual* (tít. primero) para reconstruir las bases fundamentales del

---

1 R. Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 54 y ss.

contrato estatal y determinar su cercanía con el contrato privado, y luego el estudio de sus *manifestaciones específicas* (tít. segundo) permitirá determinar las transformaciones concretas del nuevo régimen así como su alcance.

TÍTULO PRIMERO
CONCEPTOS

81. *La autonomía de la voluntad y la ecuación contractual.* La lógica contractualista de la Ley 80 se apoya, por una parte, en la recuperación de un principio fundamental del derecho privado: la *autonomía de la voluntad* (cap. primero), y por otra, en la concepción igualitaria de la responsabilidad contractual derivada de la noción particular de la *ecuación contractual* (cap. segundo).

CAPÍTULO PRIMERO

Autonomía de la voluntad

82. *Oposición tradicional.* Las nociones de *capacidad* y de *competencia* concretan las diferencias fundamentales entre el derecho privado y el derecho administrativo. Ellas ilustran cómo el derecho privado es un derecho de *autonomía* y el derecho público un derecho de *mandato*.

En efecto, el artículo 1503 del Código Civil sienta el principio según el cual "toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces". Así, la regla general es la capacidad, y la concepción del Código Civil es negativa, en el sentido de enumerar las personas excepcionalmente consideradas incapaces. Esta restricción es más significativa cuando se tiene en cuenta que la incapacidad de goce es aún más excepcional.

Por el contrario, la competencia es una noción positiva y reductora: ella impone las autorizaciones necesarias para que la administración pueda actuar, lo que significa, siguiendo el principio constitucional de legalidad, que las entidades públicas no puede desarrollar actividades no previstas por las leyes o reglamentos[2]. La Constitución señala en este sentido que "no habrá empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" (art. 122), lo que conlleva consecuencias significativas en el comportamiento de los funcionarios, quienes "son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", como los particulares, pero además "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones" (art. 6.º C. P.).

83. En estas condiciones, es natural que la *capacidad* se asocie a la libertad, y específicamente a la libre disposición de intereses privados que caracteriza las relaciones entre particulares, mientras que la *competencia* se identifique con las restricciones de los servidores públicos. Para "el agente público, afirma Jean Rivero, la competencia define una obligación, frente a la cual no es libre. Renunciar a ella, delegarla a otro le está en principio prohibido"[3]. Por consiguiente, las posibilidades de acción libre, de existencia de una cierta *autonomía de la voluntad* son completamente excepcionales. Ellas aparecen cuando la ley autoriza a la administración a escoger libremente entre varias soluciones *igualmente conformes a la legalidad* a través del reconocimiento de un poder discrecional[4].

84. *La Ley 80 se apoya en la noción de autonomía de la voluntad.* Sin embargo, según la Ley 80, la autonomía de la voluntad constituye una noción fundamental de los contratos estatales. El análisis de este *principio paradójico* (II) nos

---

2 Palacio Hincapié. *La contratación de las entidades estatales*, cit., p. 65; M. A. Berçaits. *Teoría general de los contratos administrativos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 264 y 265; *Traité*, t. I, pp. 472 y 495.

3 RDP, 1953, p. 287.

4 R. Chapus. *Droit administratif*, 15.ª ed., París, Montchrestien, 2001, t. I, p. 1248.

impone estudiar previamente el significado de la autonomía de la voluntad en el derecho privado, en donde aparece hoy como la *traducción jurídica de un concepto político* (I).

I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO PRIVADO: TRADUCCIÓN JURÍDICA DE UN CONCEPTO POLÍTICO

85. GÉRARD CORNU define la autonomía de la voluntad como la "teoría fundamental según la cual la voluntad del hombre (frente a la del legislador) tiene la aptitud de darse su propia ley. De allí la afirmación: la voluntad de las partes es fuente de la obligación de contratar [...] y de interpretación del contrato"[5]. La autonomía de la voluntad tiene gran importancia en el derecho privado, en particular en el campo contractual. En esta noción se encuentra la esencia del contrato como acuerdo de voluntades de individuos libres, capaces de crear derechos y obligaciones y generadora de su relación jurídica.

Y sin embargo, desde su origen se han puesto de presente sus fundamentos erróneos. Resulta importante recordar primero cómo *apareció el principio de la autonomía de la voluntad* (A), para abordar luego la explicación del origen de un mito (B). Así podemos finalmente constatar que la *teoría no ha dejado de perder fuerza* (C).

A. SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

86. *La voluntad como fuente y medida de los derechos subjetivos.* Aunque con frecuencia se afirma la influencia profunda de KANT sobre la doctrina jurídica de la autonomía de la voluntad, RANOUIL demostró que la inspiración fue bastante indirecta[6]. La noción jurídica se centra en el poder de la voluntad como fuente y medida de los derechos subjetivos. La voluntad es un verdadero "órgano creador de derecho"[7]. Si el hombre es libre por esencia, no puede obligarse sino por su propia voluntad. Por lo tanto, la voluntad, con independencia de la ley, crea los

---

5 Association Henri Capitant, G. CORNU (dir.). *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., París, PUF, 2000, p. 90.

6 El principio de la autonomía de la voluntad tiene un sentido filosófico diferente del sentido jurídico. KANT le atribuyó un contenido restrictivo consistente en la libertad de escogencia que tiene el hombre de dotarse de una *ley moral* y de someterse a ella: "El principio de la autonomía es [...] el de decidir siempre de tal suerte que la voluntad pueda considerar las máximas que determinan su escogencia como leyes universales" (*Les fondements de la métaphysique des moeurs*, París, 1848, p. 90, citado por V. RANOUIL. *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, París, PUF, 1980, pp. 9, 53 y ss.).

7 E. GOUNOT. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, tesis, París, 1912, p. 3.

efectos del contrato y determina su contenido de manera soberana. La voluntad tiene el poder de generar los efectos jurídicos de la manera querida por las partes y, al mismo tiempo, garantiza la justicia de la obligación porque el hombre libre no puede actuar contra sus intereses. Así, "la única tarea del derecho es asegurar la igualdad de las libertades de las partes. Todo contrato libremente consentido es un contrato justo, cualquiera sea su contenido"[8].

87. *Fundamentos y consecuencias de la noción.* Esta noción, que va a dominar con amplitud el derecho privado durante mucho tiempo, se explica tradicionalmente como la consecuencia de la *filosofía individualista y del liberalismo económico* (1), y genera *efectos jurídicos importantes* (2).

1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y ECONÓMICOS

88. *Fundamentos filosóficos.* La filosofía del Siglo de las Luces (XVIII) que habría inspirado a los redactores del Código Civil francés de 1804 se fundamenta en la concepción según la cual los hombre nacen libres e iguales en derechos. Estos derechos naturales que preceden al Estado son sagrados y deben ser respetados por el derecho. Los derechos subjetivos, así concebidos como poder, no encuentran su fundamento en el derecho objetivo sino en la naturaleza autónoma del hombre. Es por ello que los compromisos contractuales deben estar basados en la libertad de los contratantes. Si la libertad y la igualdad constituyen derechos anteriores al Estado, ¿cómo explicar la fuerza obligatoria de los contratos? ¿Cómo explicar que las instancias públicas pueden forzar el cumplimiento de las obligaciones contractuales? Gracias a la voluntad que da origen a los contratos.

89. *Fundamentos económicos.* Además, el liberalismo encuentra en la libertad económica el fundamento del equilibrio. Sólo la libertad de intercambios comerciales permite la justicia económica. Sólo en un clima de libertad las leyes de la oferta y la demanda pueden encontrar el equilibrio natural. La mano invisible de ADAM SMITH permite así regular el mercado. En la lógica del *laisser-faire, laisser-passer* la autonomía de la voluntad tiene el rol de *laisser-contracter*. Los individuos libres e independientes son los mejores garantes de sus intereses. El contrato es así visto como el medio por excelencia de protección de los intereses individuales. El choque de los egoísmos indivuduales a través del contrato producirá no solamente el máximo de riquezas sino también orden, satis-

8 Ibíd., p. 76.

facción y armonía social[9]. FOUILLÉE resume este pensamiento con la fórmula: "el que dice contractual dice justo"[10].

2. CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO

La autonomía de la voluntad se manifiesta en los principios contractuales fundamentales: la libertad contractual, la fuerza obligatoria del contrato y sus efectos relativos.

90. *Libertad contractual.* La libertad contractual consagra el derecho de los individuos a celebrar los contratos que deseen. Nadie está obligado a celebrar un contrato que no quiere. Cada uno conserva el derecho de rechazar cualquier contrato y, por el contrario, puede realizar todos los contratos que juzga útiles.

Esta libertad comprende también el derecho de escoger el contrato que mejor se adapta a sus necesidades y a introducirle todas las cláusulas necesarias para lograr la expresión óptima de sus intereses particulares. Las normas contractuales tienen entonces un carácter fundamentalmente supletivo, y la imaginación de las partes tan solo encuentra límite en las disposiciones imperativas.

La tercera manifestación de la libertad contractual es la libertad de escogencia del contratista. Nadie está obligado a entrar en relación jurídica con otro.

91. *Fuerza obligatoria del contrato.* La libertad contractual encuentra un contrapeso en la fuerza obligatoria del contrato. Si bien nadie obliga a las partes a contratar o a introducir cláusulas particulares, una vez suscrito el contrato las partes deben respetarlo. Es la fórmula del artículo 1602 del Código Civil según la cual "todo contrato [...] es una ley para los contratantes...". Y es precisamente en este artículo en el que la doctrina encontró la consagración positiva de la autonomía de la voluntad. En efecto, el empleo de la palabra *ley* para designar la fuerza de las convenciones permitió explicar que el acuerdo de voluntades constituía la fuerza obligatoria del contrato. Al ejercer su voluntad de manera autónoma, e incluso *soberana*, las partes tendrían un comportamiento y poder de *legisladores* frente a la relación regida por el contrato. Las cláusulas contractuales no serían simples *acuerdos* sino verdadera *ley* que se impone a las partes con la misma fuerza que las leyes votadas por el Congreso para el conjunto de la población.

---

9 Ibíd., p. 42.

10 Citado por F. TERRE, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE. *Droit civil*, *les obligations*, 6.ª ed., París, Dalloz, 1996, p. 24.

92. *Efecto relativo del contrato.* Sin embargo, este poder de *legisladores* no puede desbordar el marco de las partes contratantes. Si bien las partes son soberanas para determinar su relación jurídica, no disponen del poder de imponer obligaciones a terceros. Es el efecto relativo del contrato, según el cual las convenciones no tienen efectos sobre terceros que no han intervenido en el acuerdo. El ejercicio de la libertad de unos no podría perturbar la libertad de otros. "Cada persona es el mejor juez de sus intereses pero no de los intereses de los demás"[11].

93. Estos principios, pilares de la teoría general del contrato privado, tienen manifestaciones en todas las fases del mismo.

En la formación, la libertad contractual permitió consagrar el consensualismo, según el cual lo importante es el intercambio de consentimientos y no su forma, que se torna accesoria y excepcionalmente obligatoria, puesto que lo más frecuente es su función probatoria y no de validez de la convención. De igual manera, la importancia de la voluntad de los contratantes concentró la atención de la formación del contrato sobre la validez del acuerdo y su protección negativa, a través de la teoría de los vicios del consentimiento, concebida desde el punto de vista sicológico. Ello explica la exclusión de la lesión enorme como vicio del consentimiento, así como la supremacía de la voluntad interna frente a la voluntad declarada, en el gran debate doctrinal del siglo XIX sobre el tema. La autonomía de la voluntad explicaría también el rol restringido de las normas de orden público que brindaban un amplio margen de maniobra a las partes en la definición de su relación contractual.

Frente a la ejecución del contrato, la fuerza obligatoria conlleva consecuencias fundamentales. Las condiciones contractuales no podrían modificarse unilateralmente por una de las partes ni por el juez del contrato. La importancia otorgada al factor sicológico era evidente puesto que el rol del juez en la interpretación de los contratos se limitaba a la búsqueda de la común intención de las partes, sin poder revisarla ni completarla ni reducirla, aun en caso de desequilibrio e incluso de inequidad. El juez se restringía al principio *quien dice contractual dice justo*. Por ello tradicionalmente se negó a aceptar la imprevisión en los contratos privados y restringió la lesión enorme a las casos previstos por la ley. La fuerza obligatoria de la convención se manifestaba así implacable.

---

11 TERRE, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil*, cit., p. 25.

B. CREACIÓN DE UN MITO: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El principio de la autonomía de la voluntad se identifica generalmente con la concepción del Código Civil napoleónico de 1804. Sin embargo, no fue enunciado sino al final del siglo XIX (1), y corresponde en realidad a una reacción frente al decaimiento del individualismo (2).

1. NOCIÓN TARDÍA Y CONTROVERTIDA

Al contrario de lo que se afirma, el Código Civil no consagró la teoría de la autonomía de la voluntad, que no surge del derecho positivo sino de la doctrina y constituye por lo tanto una interpretación *a posteriori*.

94. *En derecho internacional privado.* En efecto, fue la doctrina del derecho internacional privado la que utilizó por primera vez la expresión en un sentido restringido y específico, propio de esta disciplina jurídica.

En 1886, WEISS enunció el principio en su *Tratado elemental de derecho internacional privado*[12] para aportar una solución al problema del conflicto de leyes en materia contractual, fundamental en esta área del derecho. Las partes contratantes pueden decidir qué ley será aplicable al contrato. Así, la autonomía se ejece en las materias que la ley nacional reglamenta a través de disposiciones facultativas. Es la ley la que indica y crea el espacio de *soberanía* del que disponen las partes.

Es necesario adicionar a esta primera precisión que la *autonomía* de las partes no legitima una disposición ilimitada de sus intereses. El principio se aplica a un problema práctico de derecho internacional: el conflicto de leyes en el espacio. La fuerza de la voluntad de las partes se limita a la sumisión de uno u otro régimen nacional, y no a la creación de un nuevo régimen específico para las partes. Sin duda, el poder de evitar la aplicación del régimen jurídico de un país para someterse al de otro, libremente escogido, es muy significativo, pero conlleva la obligación de respetar las leyes imperativas y, sobre todo, el sistema jurídico escogido. El grado de autonomía, en el sentido de *soberanía*, es en últimas bastante reducido.

Primero, el concepto implica que la volutad tenga, como la ley, el poder de crear el derecho, y sabemos que la *autonomía* es ejercida por delegación de la ley.

---

12 A. WEISS. *Traité élémentaire de droit international privé*, París, 1886, citado por RANOUIL. Ob. cit., p. 15.

Segundo, la autonomía no es útil frente al silencio de las partes. Frente al conflicto de leyes el juez no busca la *voluntad presunta de las partes* (explicación artificial justamente por el silencio de las partes y la ausencia de manifestación de su voluntad sobre el punto) sino las indicaciones del derecho positivo, a saber, las leyes facultativas que, frente al silencio de las partes, se tornan obligatorias[13].

Así se acababa el *corto reinado* de la autonomía de la voluntad en derecho internacional.

95. *En derecho interno francés.* En esta área la noción de autonomía de la voluntad, más que breve, fue un tanto *virtual*. La expresión fue inicialmente utilizada por Geny en su libro *Método de interpretación y fuentes del derecho positivo*, publicado en 1899. Aunque él entendía ya por autonomía de la voluntad el poder de la voluntad de crear actos jurídicos, la concreción de la esencia de la idea según la cual la voluntad es un órgano productor de derecho no apareció sino algunos años más tarde, con Gounot. Pero, paradójicamente, este autor desarrolló claramente el principio para criticarlo mejor, como puede apreciarse desde el título de su obra: *El principio de la autonomía de la voluntad en derecho privado. Contribución al estudio crítico del individualismo jurídico*[14]. En efecto, la idea de autonomía de la voluntad apareció como la defensa del individualismo, puesto en tela de juicio cada vez más a partir de la mitad del siglo XIX. A través de la teoría se intentaba recuperar un espacio político abandonado.

2. CLIMA DE CRISIS PROPICIO

96. *Explicaciones a la aparición de la teoría.* Sin duda alguna, el individualismo marcó al derecho privado del siglo XIX, pero como influencia política de la Revolución Francesa, es decir ideológica, y no como gestor directo de la noción de la autonomía de la voluntad, en el sentido de Gounot. ¿Por qué entonces este concepto, que no aparece en ningun texto del Código Civil, se convirtió en un principio fundamental del derecho privado? Dos explicaciones ligadas a la evolución jurídica de finales del siglo XIX parecen brindar la respuesta. Por un lado, la crisis de la exégesis, y por el otro, las luchas sociales que restringieron la fuerza del individualismo.

97. *Crisis de la exégesis.* El Código Civil francés fue concebido como la condensación de toda la experiencia jurídica acumulada desde el derecho romano

---

13 Niboyet. "La théorie de l'autonomie de la volonté", curso en la Academia de Derecho Internacional de 1927.

14 Gounot. *Le principe de l'autonomie de la volonté*, cit.

y madurada a través de los siglos por el derecho continental. Esta pretensión de sabiduría jurídica y de estabilidad generó un culto del código. Era natural que el estudio del derecho civil se redujese al comentario del código. El derecho estaba identificado con la ley, y el esfuerzo de comprensión del derecho consistía simplemente en explicar el código, expresión de la soberanía nacional.

Esta visión reductora del derecho, que rechazaba voluntariamente todo análisis filosófico en aras de la seguridad jurídica y bajo la convicción de la mejor definición conceptual previa a la redacción del código, hizo crisis al rededor de 1880 cuando apareció una reflexión general sobre el derecho y sus fundamentos. La idea de identificar el derecho con los textos cede frente a la posibilidad y necesidad de buscar principios generales y realizar una reflexión crítica. Los juristas comienzan a impregnarse de las ciencias sociales nacientes con las obras de DURKHEIM y LÉVY-BRUHL. A partir de allí el derecho se concibe como una *ciencia*, con sus principios y sus métodos propios, entre los que la ley no constituye sino uno entre otros. A la jurisprudencia y la costumbre se agrega así el estudio de la historia, la economía, la política y el derecho comparado.

Es en este contexto que GÉNY utiliza por primera vez la expresión *autonomía de la voluntad*, en 1899, en un libro cuyo título refleja el clima de la doctrina del momento: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Allí analiza el poder de la voluntad de crear actos jurídicos: "La voluntad del hombre, tan flexible, tan variada, que se moldea según los hechos y se adapta a las diversas situaciones, genera ella misma consecuencias jurídicas y debe gozar, en principio, de la más amplia autonomía"[15]. La voluntad debía tener un rol importante como fuente y medida de derechos subjetivos en su calidad de órgano productor de derecho. Debía ser "inspiradora y rectora soberana de los actos jurídicos"[16].

98. *El intervencionismo atenta contra el individualismo.* Esta concepción no era tan solo la expresión de una escuela diferente en la interpretación del derecho. Tras el cambio conceptual aparecía la reafirmación de una noción política profundamente transformada por la aparición del intervencionismo.

Los límites de la exégesis se hicieron evidentes con la evolución jurídica. La immutabilidad del Código Civil no era posible. La dinámica social imponía el cambio de los textos. Las reformas en el campo de la familia, que reconocieron los derechos de la mujer y del niño, así como la posibilidad del divorcio, y las leyes sobre las libertades de reunión y sindical, rechazadas luego de la Re-

---

15 F. GÉNY. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, Librería Marescq Aîné, 1899, p. 144, n.º 73.

16 Ibíd., p. 173, n.º 81.

volución por temor al corporativismo, constituyen ejemplos de transformaciones significativas del derecho privado. Resultaba evidente que el derecho debía transformarse para adaptarse a los cambios acelerados de la segunda mitad del siglo XIX. Pero esos cambios eran profundos y amenazaban la concepción económica fundada sobre la ausencia de intervencionismo del Estado en las relaciones entre particulares. Para proteger el individualismo se reformuló primero un soporte filosófico sobre el derecho, que se tradujo luego en la expresión jurídica de la autonomía de la voluntad.

Los autores intentaron así rechazar el intervencionismo a través de la afirmación jurídica del principio de la autonomía de la voluntad: *quien dice contractual dice justo*, y para que hubiese contractual debía reconocerse la mayor libertad posible. Esta garantía era concebida como la mejor porque una obligación aceptada es necesariamente una obligación justa. Ninguna persona libre puede consentir comprometerse para perjudicarse. Por lo tanto, el intervencionismo debía limitarse a asegurar la efectividad de esta libertad[17]; la evolución social y jurídica influida por las ideas socialistas era percibida como la negación del derecho porque éste es la "ciencia de la libertad". "La libertad es la base de la naturaleza humana", y el instrumento por excelencia de la realización de esta libertad es el contrato[18].

Fue en este clima que el pensamiento filosófico buscó una expresión jurídica. Contra las tendencias intervencionistas los autores recordaron los principios individualistas en la base del Código Civil. Toda la concepción misma del derecho civil va a concentrarse después sobre la voluntad y los términos jurídicos se precisan. En un comienzo se habla de la autonomía de los individuos[19], luego de la autonomía del ser humano[20], para llegar al fin a la autonomía de la voluntad utilizada por GÉNY.

C. CRISIS DE LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Pese a las críticas que GOUNOT formuló contra el individualismo jurídico, la doctrina conservó el principio de la autonomía de la voluntad como una noción

---

17 A. FOUILLÉE. *La science sociale contemporaine*, París, 1880, citado por RANOUIL. Ob. cit., p. 90.

18 A. JOURDAN. *Le droit français*, *ses règles fondamentales*, *ses rapports avec les principes de la morale*, *avec l'économie politique et avec l'utilité générale*, París, 1875, citado por RANOUIL. Ob. cit., p. 88.

19 E. ACOLLAS. *Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, París, 1874 a 1875, citado por RANOUIL. Ob. cit. p. 81.

20 CH. BEUDANT. *Le droit individuel et l'Etat*, París, 1891, citado por RANOUIL. Ob. cit., p. 91.

fundamental de derecho privado. Sin embargo, el derecho positivo reduce cada vez más su alcance. Por encima del *creciente intervencionismo* que reduce la libertad de los contratantes (1), el *fundamento teórico del principio* y el origen de la *fuerza ogligatoria del contrato* (2) son los que se ponen en duda.

1. INTENSIFICACIÓN DEL INTERVENCIONISMO

99. La igualdad jurídica de las partes se hizo cada vez más ilusoria con el tiempo y con el refuerzo de la economía de mercado, que modificaron fundamentalmente los intercambios económicos. Las transacciones individuales entre personas naturales que negociaban las condiciones contractuales y escogían sus contratistas, paradigma del individualismo, se hicieron menos frecuentes. Incluso cabe preguntarse si el mundo idílico en el que las relaciones económicas están sujetas al principio de libertad e igualdad, tal como se presenta aún hoy por algunos el fundamento del derecho privado, existió en algún momento. En todo caso, nadie negaría las grandes transformaciones de las relaciones económicas que se produjeron después de la aparición del Código napoleónico. La concentración económica generó cambios entre las partes contratantes, modificando así sus relaciones jurídicas. La libertad contractual se vio fuertemente restringida con la estandarización de los contratos, fruto de la generalización de los contratos de adhesión. Además, los contratos no son libremente discutidos sino ofrecidos por una parte a la otra sin otra posibilidad que tomarlos o dejarlos. Realidad que auspició el comentario crítico de ciertos autores, quienes negaron el carácter contractual de ese género de contratos y afirmaron que de contratos no tenían sino el nombre[21]. Pero tanto la jurisprudencia como la doctrina les reconocieron la naturaleza contractual porque lo que es fundamental no es la libre discusión sobre el contenido del contrato sino la intención de obligarse a través de un acto de voluntad[22].

Los contratos habían entonces cambiado profundamente desde el punto de vista del rol de la voluntad. Esta no estaba caracterizada necesariamente por la libertad de contratar, puesto que en los contratos de adhesión, tipo y de condiciones uniformes hay una oferta masiva de un modelo de contrato. Aunque en teoría nada obliga al contratista a celebrar un contrato de adhesión, la

---

21 SALEILLES. *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, París, 1991, citado por GHESTIN, *Traité*, cit., p. 75, y L. DUGUIT. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París 1901, pp. 55 y 432.

22 TERRE, *Droit civil*, cit., p. 159.

práctica hace ciertos contratos obligatorios por el hecho del monopolio o la supremacía económica de algunas empresas en muchos campos, así como por la unificación de las condiciones de oferta. Es el caso de los transportes, de ciertos seguros, de ciertas operaciones bancarias o de los contratos sobre bienes de consumo que imponen su celebración so pena de quedar al margen de intercambios comerciales cotidianos y con frecuencia esenciales.

100. *Reglamentación de los contratos.* Este desequilibrio entre las partes generó reglamentaciones cada vez más extendidas, que buscan limitar el poder de la parte fuerte. Así, el espacio de la voluntad no solo se restringe en detrimento de quien acepta la oferta, sino también frente a quien la redacta. La libertad contractual cede bajo los reglamentos impuestos por el Estado, en un intervencionismo que repercute directamente sobre todo el panorama contractual[23].

2. ORIGEN OBJETIVO DE LA FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO

101. ¿De dónde surge la fuerza vinculante de los contratos? ¿En qué consiste y cómo explicar esta extraordinaria fuerza que permite a una de las partes constreñir a la otra a la realización de la prestación aun contra su voluntad y con el respaldo del Estado?

A estas preguntas fundamentales la teoría de la autonomía de la voluntad responde: valiéndose de la voluntad libre. Los contratos son obligatorios porque las partes consintieron libremente en celebrarlos. La voluntad se encuentra en la base de la obligación. Una voluntad tan significativa que tiene la misma fuerza que la ley, aunque, claro está, aplicada sólo a las partes contratantes, como lo afirma el artículo 1602 del Código Civil antes referido: "todo contrato […] es una ley para los contratantes…".

Y sin embargo, los defensores de la teoría de la autonomía de la voluntad pasan por alto dos palabras del mismo artículo que cambian radicalmente su interpretación: "todo contrato *legalmente celebrado*…". No cualquier convención es entonces protegida por el privilegio ligado a la condición de contrato. Solamente lo son aquellas que respetan el derecho, que lo siguen. Nuestro Consejo de Estado ha resaltado esta condición: "Es cierto que todo contrato legalmente celebrado es 'ley' para las partes, pero, precisamente, sólo aquellos

---

23 Algunos autores denuncian la desaparición de todo rol de la autonomía de la voluntad en los contratos tipo, impuestos a las partes, así como por los poderes de la administración incluso sobre las cláusulas contractuales. Cfr. M. Armand-Prevost y D. Richard. *Le contrat déstabilisé (De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)*, JCP, 1979, I, 2952.

que sean convenidos 'legalmente', mas no los que contravengan el ordenamiento jurídico, porque en tal evento bien pueden ser anulados por el juez (art. 1602 Código Civil); peor aun cuando mediante el acuerdo de voluntades se pretende desconocer o derogar las normas y principios de derecho público, situación ésta respecto de la cual el Código Civil expresamente preceptúa: "Artículo 16.- Normas irrenunciables. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres"[24]. A partir de esta observación se formularon las mayores críticas teóricas a la noción de la autonomía de la voluntad. De un lado, ¿cómo atribuirle a la voluntad una fuerza de fuente de derecho?, y por otra, ¿cómo justificarlo? Tanto desde el punto de vista *moral* (a) como del *normativo* (b), la fuerza creadora de derecho del acuerdo de voluntades no se explica sino a partir de reglas objetivas externas a las partes contratantes.

a. REGLA MORAL

102. *Respeto de la palabra dada*. Los precursores del individualismo habían comprendido bien el rol subordinado de la voluntad. En efecto, el indivudialismo tiene una fuente más antigua que la Revolución Francesa. El derecho canónico, más precisamente SANTO TOMÁS DE AQUINO, sentó las bases del reconocimiento del individuo según los valores cristianos. Este derecho se opuso al formalismo romano para afirmar el vínculo jurídico por el acto de voluntad independientemente de las formas y los tipos contractuales. Sin embargo, el origen de la obligación no reposa, bajo esta doctrina, en la voluntad sino en el *respeto de la palabra dada*, de la *promesa*. Los contratantes deben respetar su palabra so pena de cometer el pecado de perjurio. Hay entonces una *regla moral* objetiva, superior a las partes, que los constriñe al cumplimiento de la palabra. No es el hecho de *quererse* comprometer lo que da fuerza vinculante al contrato, sino *la obligación objetiva* de respetar aquello que las partes han consentido libremente.

103. *Regla del pacta sunt servanda*. La regla moral objetiva conocida en la expresión latina *pacta sunt servanda* fue reapropiada por la escuela del derecho natural. Con fundamento no en el derecho divino sino en el derecho creado por el hombre, GROCIO justifica la fuerza obligatoria del contrato en el principio moral del respeto de la palabra dada. Tal parece ser también la perspectiva

---

24 CEC, Sección Tercera, 1.º de agosto de 2002, Electrificadora del Atlántico S. A. E. S. P., exp. 21041.

en la que se ubicaron los redactores del Código napoleónico, quienes insitieron, en los trabajos preparatorios, sobre la moral y la equidad, así como sobre la buena fe que se apoya en la lealtad que deben tener los contratistas entre sí[25].

b. REGLA POSITIVA

104. *Pirámide normativa de KELSEN.* Al abordar el principio no desde el punto de vista moral sino normativo, KELSEN brindó ideas claras sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Apoyado sobre la noción de jeraquía de las normas de su teoría pura del derecho, el contrato no se reduce a la aplicación individual de las reglas generales. El mismo es creador de reglas. Por consiguiente, "la convención es obligatoria en la medida en que el orden jurídico la considera como hecho creador de derecho, o, en otros términos, en la medida en que la norma de un grado superior (la ley o una norma de costumbre) autoriza a los sujetos a crear (por delegación) una norma de grado inferior. Es la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* cuya validez se apoya finalmente en la norma fundamental del orden jurídico"[26].

La voluntad, lejos de ser *soberana*, está enteramente subordinada a la ley. No sólo el derecho la encuadra, sino que ella tiene valor jurídico gracias al derecho y no por sí misma. Su fuerza jurídica no es original sino derivada[27].

105. *Amplitud del rol de la voluntad.* Sin embargo, no hay que concluir que esta concepción niegue todo papel a la voluntad. Por el contrario, KELSEN explica cómo en principio el individuo es "libre de concluir o no una convención que lo liga y, por consiguiente, restringe su libertad. Además, el individuo es libre de decidir con quién concluirá o no una convención y es libre igualmente de decidir lo que la convención contendrá"[28]. Como puede apreciarse, hay aquí una convergencia con el punto de vista de los defensores de la autonomía de la voluntad. Pero la divergencia profunda estriba en que para KELSEN la libertad de los contratantes es un problema político. La voluntad no tiene poder crea-

---

25 ROUHETTE. *Contribución*, cit., p. 515.

26 F. KELSEN. *La théorie juridique de la convention*, Arch. Philosophie du Droit, 1940, p. 47.

27 Esta concepción, claramente explicada por KELSEN, no era nueva. Las críticas de la autonomía de la voluntad habían sido expuestas ya al final del siglo XIX. Así, BROCHER ponía de presente en 1883 que el Código Civil "satisface en gran medida las exigencias de la libertad civil, pero conserva al mismo tiempo con gran rigor la autoridad superior de la ley [...] La autonomía emana de la ley [...]: ésta debe reconocerla lo más ampliamente posible, pero la tiene, en principio, en su poder. Ella fija los límites dentro de los cuales la libertad concedida puede desenvolverse" (CH. BROCHER. *Cours de droit international privé*, París y Ginebra, 1883, t. II, p. 68, citado por RANOUIL. Ob. cit., p. 68).

28 Ibíd., p. 64.

dor de derecho en sí misma, sino únicamente aquel que la ley le reconoce. Así, las fuertes restricciones a lo largo del siglo XX no ponen en entredicho los fundamentos del contrato, contrariamente a los temores de los civilistas aferrados al principio de la autonomía de la voluntad. Simplemente, ponen en evidencia transformaciones de aquello que es protegido en el contrato, y la justificación de proteger la voluntad manifestada en él.

106. La autonomía de la voluntad surgió primero como una noción política para adquirir luego su traducción jurídica. Ella no es inherente al contrato privado sino a una concepción ideológica de las relaciones entre los contratantes. Es necesario así analizar el derecho positivo para deducir de él cuál es el significado real de esta noción.

Hemos podido constatar que la evolución del derecho positivo busca dar a las partes un clima de igualdad real y no simplemente formal. Para lograr este resultado era necesario encuadrar, restringir y guiar la libertad de las partes. La autonomía de la voluntad es concebida hoy, no como un campo de soberanía privada, sino como el espacio de libertad ofrecido a los contratantes según los límites y las directivas impuestas por el derecho positivo.

II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE: ¿UNA NOCIÓN PARADÓJICA?

107. *La autonomía de la voluntad en el texto de la ley.* La Ley 80 hace alusión a la autonomía de la voluntad tan solo en dos artículos. El artículo 32 explica que la noción del contrato estatal comprende no solamente los tipos contractuales previstos por el derecho privado y por las leyes especiales, sino también todos los acuerdos derivados de la *autonomía de la voluntad*[29]. Por su parte, el artículo 40 sobre el contenido del contrato reconoce una amplia libertad a las partes para "celebrar los contratos y acuerdos que permitan *la autonomía de la voluntad* y requieran el cumplimiento de los fines estatales"[30].

---

29 Art. 32 Ley 80 de 1993: "*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".

30 Art. 40 Ley 80 de 1993: "*Del contenido del contrato estatal*. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración".

Tomados de manera aislada, estos dos artículos constituyen un simple cambio de lenguaje jurídico. Sin embargo, reflejan una concepción que impregna toda la ley y que busca otorgar a las entidades estatales contratantes una autonomía significativa.

108. *El principio en las discusiones parlamentarias.* Esta intención se hizo evidente en el trabajo parlamentario que precedió a la ley. Dede el proyecto de ley el Gobierno afirmaba "el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público [...] Es necesario dar una mayor autonomía al administrador público para que logre cumplir con los fines del mandato entregado..."[31]. Para resaltar la importancia del concepto, el Gobierno explicaba que "el proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico"[32]. Luego, durante el primer debate en las comisiones conjuntas de Senado y Cámara, los senadores Gustavo Espinosa, Alfonso Latorre y Tito Edmundo Rueda insistían en esta característica esencial del proyecto, que se oponía fundamentalmente al antiguo régimen del Decreto Ley 222 de 1983, "caracterizado por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un Estado paquidérmico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia en su gestión, carente de mecanismos ágiles de solución de las controversias contractuales, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales"[33]. Estos argumentos fueron simplemente reiterados en las plenarias tanto del Senado[34] como de la Cámara[35], en los que no hubo discusión significativa al respecto.

---

31 *Gaceta del Congreso*, *Senado y Cámara*, año I, n.º 75, septiembre 23 de 1992, p.11.

32 Ibíd., p. 13.

33 Ponencia para el primer debate en las comisiones conjuntas de Senado y Camara, en Betancur. *Nuevo estatututo*, p. 151.

34 Ponencia del senador Gustavo Espinosa: "Se trata de dinamizar los procesos de contratación estableciendo un adecuado equilibrio entre autonomía de la voluntad y potestades excepcionales, por una parte, y entre libertad de gestión y mayor responsabilidad, por la otra" (Ibíd., p. 161).

35 Ponencia de los representantes Héctor Anzola, Iván Lozano, Jorge Ariel Infante, Edgar Papamija, Luis Fernando Almario y Raúl Rueda: "En su contenido se da un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de las potestades excepcionales del Estado. Se trata de una normatividad que busca que el servidor público pueda desplegar toda su capacidad de innovación, gestión y administración para el cabal cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad pública a su cargo, con un claro y severo régimen correlativo de responsabilidad" (Ibíd., p. 168).

109. *El principio en la jurisprudencia*. La jurisprudencia también ha resaltado en varias ocasiones la importancia del principio en la lógica de la reforma.

La Corte Constitucional señala que el nuevo régimen contractual privilegia la *autonomía de la voluntad* para obtener relaciones contractuales más igualitarias[36]. También, afirma que el nuevo estatuto "rescata para el Estado el principio de la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites, pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares"[37].

> Esa legislación en materia contractual, explica la Corte en otra sentencia, pretende armonizar las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado en su nueva concepción, con los instrumentos legales apropiados para el mismo, partiendo de parámetros generales para su interpretación y aplicación en la contratación estatal, sustancialmente diversos del régimen contractual anterior (Decreto Ley 222 de 1983 y demás normas complementarias), de los cuales se destacan: […] el reconocimiento y prevalencia de la *autonomía de la voluntad* para la celebración de los contratos celebrados por las entidades estatales[38] (cursiva fuera de texto).

La autonomía de la voluntad permite entonces conciliar mejor las finalidades públicas y las garantías privadas.

El Consejo de Estado afirma también la importancia del principio en el contrato estatal. Recuerda que la autonomía de la voluntad constituye un "*principio rector*" de dichos contratos[39], a partir del cual las entidades contratantes tienen un espacio de libertad para escoger diferentes tipos contractuales[40] o

---

36 CCC, 18 de abril de 1996, Ligia López, sentencia C-154-96, expediente D-989. Demanda de inconstitucionalidad del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.
CCC, Sentencia del 5 de septiembre de 2001, Humberto Longas Londoño, C-949/01, demanda de inconstitucionalidad contra múltiples artículos de la Ley 80 de 1993.

37 CCC, 25 de mayo de 1995, Alvaro Palau Aldana, demanda de inconstitucionalidad del literal a del numeral 2 del artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, expediente 230.

38 CEC, 19 de marzo de 1997, Norberto Ríos, Tulio Elí Chinchilla, Alberto León Gómez, Carlos Alberto Ballesteros, Germán Enrique Reyes, demanda de inconstitucionalidad del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, expediente D-1430.

39 CEC, auto del 23 de septiembre de 1997, Diego Giraldo Londoño, expediente 701, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y auto del 20 de agosto de 1998, Universidad del Tolima, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 378, fols. 228 a 247.

40 "En ejercicio de la autonomía de la voluntad bien pueden acudir a la figura del contrato de transacción con el fin de precaver un eventual litigio, en los términos del artículo 218 del CCA" (CEC, auto del 13 de agosto de 1998, *Empresa Antioqueña de Energía EADE*, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 377, fls. 387 a 392.)

incluir estipulaciones[41], y que, al mismo tiempo, el ejercicio de este principio conlleva ciertas obligaciones o *cargas*[42] y responsabilidades[43].

110. *¿La noción de autonomía es incompatible con el principio de legalidad?* Sin lugar a dudas, la afirmación del principio es unánime[44]. Pero, ¿cómo darle un significado concreto frente a otros principios que rigen la función administrativa, en particular frente al principio de legalidad?

El análisis de la noción de autonomía de la voluntad de las entidades estatales establecido por la Ley 80 debe partir, al igual que en derecho privado, del estudio del derecho positivo. Este análisis de la competencia contractual comprenderá las distintas jerarquías normativas que rigen el comportamiento jurídico de las entidades estatales. En primer lugar, *los principios constitucionales sobre la materia* (A), para abordar luego *la relación entre la ley y el reglamento* (B). Ello nos permitirá acercarnos al análisis de la *práctica reglamentaria* (C).

A. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1991 otorga al Congreso de la República la competencia para "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional" (parág. art. 150). El régimen de los contratos está entonces determinado por la ley y *el legislador conserva amplia competencia en esta materia* (1). No obstante, las corporaciones de elección popular pueden atribuir a la administración una serie de *autorizaciones para contratar* (2), de las que dependerá concretamente la amplitud de la autonomía de que gozan las entidades contratantes.

---

41 "Nada se opone a que las partes en virtud de su autonomía de la voluntad pudieran estipular otras condiciones negociales, conforme al artículo 1602 del C. C., ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las prestaciones" (CEC, 15 de octubre de 1997, Jaime Solano Salas e Hijos Ltda., Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 356, fls. 293 a 299).

42 CEC, autos del 16 de marzo de 1998, Construccciones Domus Ltda., Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 366, fls. 325 a 353 y del 4 de mayo de 1998, Luis José Dumar, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 370, fols. 270 a 290.

43 CEC, Sección Tercera, 29 de enero de 1998, Oti de Colombia Ltda. t. 362, fols. 129 a 152. Responsabiliadad precontractual derivada de la ruptura de las negociaciones porque, "teniendo presente que la entidad demandada entró en tratos preliminares con miras a la celebración de un negocio jurídico, no puede predicarse que se sustraiga de aquellos deberes de corrección y lealtad exigibles de todos aquellos que participan del tráfico jurídico en ejercicio de la autonomía privada".

44 La doctrina afirma también que el principio constituye un pilar de la Ley 80. LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 39.

1. EL LEGISLADOR ES LIBRE DE FIJAR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

111. El juez constitucional ha afirmado en varias ocasiones la *soberanía* del legislador para fijar el régimen jurídico de los contratos de la administración. Los actores que demandaron la inconstitucionalidad de diversas leyes se apoyan en la modificación de la naturaleza privada o pública de ciertos contratos definidos por el legislador. Para negar las pretensiones, el juez constitucional siempre ha resaltado la amplitud de la competencia de la ley en la materia contractual de la administración.

112. *Primer caso.* Se presentó bajo el antiguo estatuto contractual. Actuando como juez constitucional, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 222 de 1983. La demanda se fundaba en las facultades otorgadas por el Congreso al Presidente para legislar de manera extraordinaria sobre la materia. No se podía mezclar, afirmaba el actor, el régimen de derecho administrativo con el régimen de derecho privado, y admitir la posibilidad de contratos de derecho privado con cláusulas exorbitantes, típicas del derecho público.

Pero la Corte consideró que el legislador (ordinario o extraordinario) podía "distinguir las diferentes especies de contratos y darle a cada una la regulación específica que se crea más conveniente; ya de derecho público, ora de derecho privado, o combinando disposiciones de una y otra naturaleza según el interés del Estado [...] La inclusión de la cláusula de caducidad [no] desvirtúa la naturaleza de los contratos privados, porque la distinción entre unos y otros es de origen legal y no constitucional y, por tanto, el legislador extraordinario puede crear el régimen de cada clase de contratos autónomamente"[45].

113. *Segundo caso.* Con argumentos similares a los del primero fue demandado por inconstitucional el artículo 32 de la Ley 80 en su numeral 5, referente al contrato de fiducia pública. Los demandantes afirmaban que dicho artículo desnaturalizaba completamente la esencia y los fundamentos jurídicos de la fiducia mercantil del Código de Comercio, de tal suerte que el contrato de fiducia pública era completamente inadaptado para satisfacer los intereses de los contratistas así como los de la administración contratante.

Para rechazar las pretensiones, la Corte Constitucional se concentró sobre las normas de la Constitución de 1991 que regulan la materia, a saber, la competencia atribuida al Congreso de la República por el artículo 150 para adoptar el *estatuto general de los contratos de la administración*. Sobre la base de este artí-

---

45 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de septiembre de 1983, Alvaro Galvis Pino. Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 60 y 62 del Decreto Ley 222 de 1983, expediente 1085.

culo, concluye la Corte: "el Congreso de la República goza de plena autonomía e independencia para legislar según sus propios criterios e interpretaciones respecto de una determinada materia, aunque siempre deberá hacerlo ceñido a los parámetros fijados en la Constitución"[46].

114. *Tercer caso.* La amplitud de la competencia del legislador en la materia fue recordada igualmente en la sentencia del 11 de febrero de 1997 que declaró la constitucionalidad de la Ley 142 de 1994 sobre los servicios públicos domiciliarios. Para analizar la constitucionalidad del artículo 32 de esta ley, que consagra la aplicación del derecho privado a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Corte ofrece las siguientes explicaciones.

Sin lugar a dudas, la Constitución de 1991 otorgó una importancia fundamental a los servicios públicos. De igual manera, determinó claramente la responsabilidad del Estado sobre su buen funcionamiento y dispuso que es al Estado a quien compete su dirección y control, aun cuando sean prestados por particulares. Sin embargo, la Corte recuerda que la Constitución atribuye a la ley la competencia para determinar el régimen jurídico de estos servicos, y la manera como el Estado ejerce su competencia de reglamentación, control y vigilancia (art. 365). Es así que en la escogencia hecha por la Ley 142 de un régimen jurídico privado, o mejor mixto, el legislador es enteramente soberano y ningún principio constitucional se ve violado.

"Independientemente de la discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexequibilidad del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la Ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras

---

46 CCC, 10 de marzo de 1995, Carlos Eduardo Manrique, Juan Carlos Botero, Manuel Enrique Cifuentes. Demanda de inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sentencia C-086-95, ref.: expedientes acumulados D-647 y D-672.

de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad superior"[47].

115. El juez constitucional respeta la escogencia y determinación del réginen jurídico y rechaza todo análisis de la coherencia o contradicciones entre la ley y las tradiciones administrativas. La Corte recuerda así que su competencia está limitada por la Constitución al control del respeto de las leyes a las normas y principios constitucionales. Por consiguiente, se trata de "un análisis objetivo dentro de unos parámetros generales determinados por el propio texto de la Constitución. En cambio, el examen exclusivamente valorativo de la norma implica una posición de carácter moral –y por ende subjetiva– que le corresponde desarrollar más al doctrinante que al juez constitucional, pues éste se limita a la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, tal como ésta es y no como él cree que debería ser. Lo anterior no obsta para que la Corte tenga siempre en consideración dentro de su estudio criterios de justicia; pero tales criterios deben inferirse del espíritu y letra de la Carta, sin entrar –se repite– a determinar criterios abstractos y de interpretación subjetiva, como deber ser"[48].

116. Estas sentencias son fundamentales para la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de la administración porque nos obligan a concentrarnos sobre el análisis de la ley para deducir de ella la extensión de la libertad reconocida a las entidades contratantes, dejando de lado toda idea preconcebida del *deber ser*.

2. RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES LEGALES PARA CONTRATAR

117. *Estipulaciones constitucionales.* Pese a la *soberanía* del legislador en la determinación del régimen jurídico de los contratos de la administración, la Constitución prevé que las corporaciones de elección popular tienen la competencia para autorizar la celebración de los contratos de la administración, en su jurisdicción. Así, el Congreso debe autorizar los contratos del Gobierno Nacional[49],

---

47 CCC, 11 de febrero de 1997, *Alberto Sepúlveda Villamizar*, sentencia C-066-97, expediente D-1394.

48 CCC, 10 de marzo de 1995, Carlos Eduardo Manrique, Juan Carlos Botero, Manuel Enrique Cifuentes, demanda de inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sentencia C-086-95, expediente D-647 y D-672.

49 Art. 150 C. P.: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por intermedio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones".

las asambleas departamentales los de los gobernadores[50], y los concejos municipales los de los alcaldes[51]. Se trata de una restricción de la voluntad de las entidades contratantes a través de la imposición de autorizaciones previas.

La doctrina no es unánime sobre el significado de estas autorizaciones. De una parte, está el problema de su extensión, en el sentido de saber si es necesaria una autorización particular para cada contrato celebrado o si, por el contrario, es suficiente una autorización general para el conjunto de contratos[52]. De otra parte, se discute sobre los alcances jurídicos de las autorizaciones. Se trata de verdaderas autorizaciones, presupuestos de la validez del contrato, o más bien de las autorizaciones presupuestales del derecho francés que, fundamentales en esta rama del derecho público, no condicionan sin embargo la validez del contrato[53].

118. *Tres tipos de autorizaciones.* La Corte Constitucional se ocupó de la materia para explicar el régimen de las autorizaciones legales para contratar. La Constitución de 1991 creó tres tipos diferentes cuyo respeto es indispensable para la validez del contrato. La primera, *de carácter general*, *es indispensable* para la validez de todo contrato (a). *Los otros dos tipos de autorizaciones son excepcionales* (b) y su imposición es fruto de una decisión de oportunidad administrativa.

a. LA AUTORIZACIÓN LEGAL GENERAL E INDISPENSABLE

119. *Exigencia constitucional.* El primer tipo es la autorización general prevista por el último inciso del artículo 150 de la Carta según el cual "compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". La Constitución confió al legislador la determinación del marco jurídico general dentro del cual las entidades estatales pueden celebrar sus contratos.

120. *La Ley 80 concreta esta autorización.* Este marco es la Ley 80 que define, como lo afirma su primer artículo, "las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales". Se trata entonces, según la Corte Constitucional, de "una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones. En otras palabras, la autorización general

---

50 Art. 300 C. P.: "Corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas: [...] 9. Autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas departamentales".

51 Art. 313 C. P.: "Corresponde a los concejos: [...] 3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que corresponden al concejo".

52 PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación de las entidades estatales*, cit., p. 76.

53 *Traité*, t. I, p. 475.

para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley"[54]. Es más, Luis Guillermo Davila[55] cita la sentencia C-466/97[56] en la que la Corte Constitucional encontró inconstitucional un proyecto de ley que imponía al Gobierno la celebración de un contrato de compraventa con objeto específico.

121. *Amplio margen de libertad.* En esta sentencia la Corte otorga un significativo espacio de libertad a las entidades contratantes. En efecto, si se tiene en cuenta que la Ley 80 constituye ella misma la autorización general para contratar, las entidades estatales pueden, según el artículo 40 de la misma ley, celebrar todos los contratos que consideren necesarios para el cumplimientos de las finalidades públicas sin necesidad de autorizaciones especiales complementarias.

b. Las autorizaciones especiales son excepcionales

122. *Tutelas administrativas.* Pese a la autorización general para contratar, contenida en la Ley 80, las corporaciones de elección popular son *soberanas* para establecer autorizaciones complementarias cada vez que lo juzguen útil. Estas autorizaciones especiales constituyen el segundo tipo previsto por la Constitución. Es a estas autorizaciones a las que hacen referencia los artículos 150.9 (para el Gobierno Nacional), 300.9 (para los gobernadores) y 313.9 (para los alcaldes), que citamos anteriormente. Ellas constituyen, según la concepción de la Corte, un control especial para ciertos contratos.

Una simple variante de este tipo es la aprobación *a posteriori* en los casos de imposibilidad de obtener una autorización excepcional previa. El artículo 150.14 de la Carta establece que el Congreso es competente para "aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa".

---

54 CCC, 10 de marzo de 1995, cit.

55 Luis Guillermo Dávila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2003, p. 64.

56 CCC, Sentencia C-466/97 del 25 de septiembre de 1997, Objeciones presidenciales al proyecto de ley n.º 196/95 Senado, 329/95 Cámara, "por el cual la nación honra la memoria del escritor y poeta nariñense Emilio Bastidas, en el vigésimo aniversario de su fallecimiento".

123. *Una escogencia política*. La Corte explica que las autorizaciones especiales constituyen una decisión política de las corporaciones de elección popular cuando consideran importante vigilar particularmente la celebración de ciertos contratos. El Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales gozan así de una completa autonomía para establecer estas restricciones contractuales, pero, claro está, en su jurisdicción territorial[57]. Ello significa que las autorizaciones especiales impuestas por *una ley* tan solo pueden referirse a los contratos del *Gobierno Nacional*; aquéllas creadas por las *ordenanzas departamentales* sólo tienen alcance frente a los contratos de los *gobernadores*, y las de los *acuerdos municipales* se restringen a los contratos de los *alcaldes* respectivos.

Este razonamiento permitió a la Corte declarar la inconstitucionalidad del primer inciso del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 según el cual los contratos de fiducia pública debían estar autorizados previamente por la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo municipal, según la jurisdicción territorial de la entidad estatal contratante. Con esta exigencia, afirma el juez constitucional, el legislador "introduce dentro del régimen de excepción contemplado en el numeral 9 del artículo 150 constitucional a ciertas entidades y organismos que no hacen parte del Gobierno Nacional en los términos del artículo 115 superior. Adicionalmente, se observa que no se puede convertir en regla general las autorizaciones expresas contenidas en los artículos 150.9, 300.9 y 313.3 de la Carta Política, como pretende hacerlo la norma acusada respecto del contrato de fiducia, por cuanto dicho contrato ya ha sido regulado por el Congreso Nacional en uso de las atribuciones consagradas en el parágrafo final del artículo 150 superior"[58].

La Corte restringió así el poder del legislador en el otorgamiento de autorizaciones especiales, con lo cual reforzó la libertad de las entidades contratantes de dos maneras. Por un lado, la Corte protege la autonomía de las entidades territoriales con relación al Congreso, autonomía garantizada por la Constitución. El control contractual a través de este tipo de autorizaciones es entonces privativo de cada entidad territorial y no del Congreso, de manera general. Por otro lado, la calificación de autorización *excepcional* obliga a las corporaciones de elección popular a

---

57 "La Ley 136 de 1994 sobre organización y funcionamiento de los municipios trae entre las atribuciones del concejo la de 'reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del concejo' (num. 3 art. 32)": CEC, concepto del 26 de marzo de 1998, Ministerio del Interior, Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, radicación 1077-98.

58 CCC, 10 de marzo de 1995, cit.

determinar de manera explícita los contratos que necesitan este tipo de autorización. En otros términos, en la Ley 80 la regla general es la libertad contractual, salvo las excepciones expresamente impuestas por las normas especiales[59].

B. RELACIÓN ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO

124. *Rol restringido del reglamento en materia contractual.* Bajo el principio de legalidad, y de acuerdo con la jerarquía normativa piramidal, la competencia de la administración contratante está determinada no sólo por la Constitución y la ley, sino también por *los reglamentos gubernamentales* (1). En el campo contractual, sin embargo, *la vocación complementaria del reglamento, con relación a la ley, es restringida* (2).

1. EL REGLAMENTO COMO COMPLEMENTO DE LA LEY

125. *Regla general.* En principio, la administración tan solo tiene un rol de ejecución de la ley debido a su condición de instrumento de aplicación de la *voluntad general* expresada por el legislador. Pero, dado que con frecuencia la aplicación directa de la ley no es posible o genera incertidumbre, el sistema constitucional prevé su reglamentación. El Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, es el depositario de la competencia general reglamentaria que asegura la ejecución de la ley. No obstante, el ejercicio de este poder está limitado y determinado por la ley reglamentada, por cuanto el reglamento no debe comprender sino aquello que es *necesario* para su cumplida ejecución, como prescribe el artículo 189 de la Carta[60].

La jurisprudencia del Consejo de Estado traduce esta restricción en la formulación del principio según el cual la extensión de la competencia reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley reglamentada. Dada su función de ejecución de la ley, el reglamento ha de ser estrictamente complementario de la ley. Por consiguiente, si una ley define ampliamente el comportamien-

---

59 En sentido contrario, J. A. PALACIO (*La contratación de las entidades estatales*, 3.ª ed., Librería Jurídica Sánchez, 2001, pp. 89 y ss.), para quien las autorizaciones especiales de la Constitución se imponen en todos y cada uno de los contratos de las entidades estatales referidas, aunque las corporaciones de elección popular respectivas pueden proferir autorizaciones generales que comprenden varios contratos o los contratos de un periodo determinado.

60 Art. 189 C. P.: "Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa: […] 9. Sancionar las leyes. 10. Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento. 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

to de la administración en determinado campo, el rol del reglamento es muy restringido o eventualmente inexistente. Por el contrario, si la ley tan solo define parámetros generales de su aplicación, el campo del reglamento es extenso y maleable según las necesidades administrativas[61]. La extensión del poder reglamentario es así el resultado de una escogencia política del legislador.

126. *Aplicación del principio en el antiguo estatuto.* El antiguo estatuto contractual, hostil a la idea de brindar iniciativas a la administración, dejaba un campo reducido al reglamento. El legislador extraordinario había definido ampliamente la materia en el Decreto Ley 222 de 1983 a través de numerosos artículos que reglaban no sólo los contratos administrativos sino también los privados de la administración. La reglamentación minuciosa de los procedimientos de selección de contratistas, de la formación de los contratos y de los poderes de la administración contratante, que le valieron las críticas de *camisa de fuerza* y de *estatuto reglamentarista*, redujeron el poder reglamentario a su mínima expresión.

127. *Poder reglamentario en una ley de principios.* Pero bajo la Ley 80 cabe preguntarse: ¿cuál será el alcance del poder reglamentario en una ley que pretende fijar tan solo los principios faro de la actividad contractual de la administración? PALACIO concluye que una ley estructurada sobre principios generales y no sobre una organización detallada de la materia reconoce una amplia competencia reglamentaria al Gobierno Nacional para adaptar los textos a las exigencias administrativas variables[62]. En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha resaltado cómo "la Ley 80 de 1993 señaló principios y reglas generales para adelantar la actividad contractual del Estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del ejecutivo"[63].

Sin embargo, el análisis tanto del derecho positivo como de la jurisprudencia nos permite poner en duda esta conclusión. Los cambios introducidos por la Ley 80 parecen sobrepasar la lógica de la relación inversamente proporcional entre entre la ley y el reglamento, que no es aplicable de manera integral en todos los casos[64], para consagrar el reconocimiento de la autonomía de las entidades estatales contratantes, limitando así el poder reglamentario. O más pre-

---

61 CEC, 10 de octubre de 1962, Anales del Consejo de Estado, t. LXV, n.os 399 y 400, p. 34; J. VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, 9.ª ed., Bogotá, Temis, 1987, p. 19; L. RODRÍGUEZ R. *Derecho administrativo general y colombiano*, 9.ª ed., Bogotá, Temis, 1996, p. 287.

62 JUAN ANGEL PALACIO HINACAPIÉ. *La contratación de las entidades estatales*, cit., p. 22.

63 CEC, Sección Tercera, auto del 19 de febrero de 1998, Pedro José Bautista Moller, demanda de nulidad del artículo 4.º del Decreto 287 de 1996, t. 364, fols. 118 a 125.

64 Existen en efecto otras limitaciones del poder reglamentario surgidas no de la amplitud de la ley reglamentada sino de la materia. Tal es el caso de las libertades fundamentales, los procedimientos judiciales, las normas represivas y, hoy, los códigos que brindan un reducido y en ocasiones inexistente campo al reglamento.

cisamente, frente a una ley de principios, la determinación del grado de competencia reglamentaria no se deduce tan sólo de la tradicional lógica cuantitativa de la relación ley/reglamento, sino del espíritu de la ley objeto de reglamentación. En este tipo de leyes el legislador se abstiene voluntariamente de reglamentar en detalle la materia para otorgar así un margen significativo de autonomía en la determinación de su aplicación concreta, no al Gobierno a través del reglamento, sino a los destinatarios de la ley, en este caso, a las entidades estatales.

Si el querer del legislador era abandonar el régimen reglamentarista del Decreto-Ley 222 de 1983 que definía en exceso los detalles de la contratación pública, de poco sirve tan sólo descender de un grado el reglamentarismo al permitir al Gobierno que lo haga a través de decretos, que también se imponen, en principio, a todas las entidades estatales. Bajo este ángulo, la explicación del poder reglamentario que nos brinda la Corte Constitucional en la siguiente cita se ve enriquecida: "El poder reglamentario, en tanto que atribución a la Administración de una facultad de producir normas jurídicas, tiene como fundamento en un Estado social de derecho la necesidad de adoptar disposiciones generales y abstractas mediante las cuales se desarrolle el sentido de la ley, a fin de poder hacerla ejecutable. Este poder reglamentario está limitado por el espíritu y el contenido de la ley que reglamenta. Así pues, el acto expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria debe aportar los detalles, los pormenores de la ejecución de la ley, facilitar su entendimiento y comprensión"[65].

2. ESPACIO REDUCIDO DEL REGLAMENTO

128. *Limitación jurisprudencial.* El Consejo de Estado afirma con frecuencia los estrictos límites del reglamento con respecto a la ley reglamentada, en materia contractual. Es el caso del Decreto 1542 de 1997 que obligaba a todas las entidades estatales contratantes a publicar sus contratos a través de la sociedad de economía mixta Renacimiento S. A. cuando el *Diario Oficial* no pudiese hacer la publicación. El Consejo de Estado suspendió provisionalmente la norma que consagraba esta obligación porque la encontró evidentemente contraria al parágrafo 3.º del artículo 41 de la Ley 80 que brinda a las entidades territoriales la libertad de determinar el mecanismo de publicación subsidiario del *Diario Ofi-*

65 CCC, Sentencia C-384/03 del 13 de mayo de 2003, Luis Ricardo Gómez Pinto, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 598 de 2000.

cial. El auto recuerda que el Gobierno no puede, "so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, modificar la ley reglamentada u otra diferente, y menos aún entrar a proferir disposiciones cuya reglamentación le está asignada al legislativo, como sucede con la materia de contratación del Estado"[66].

129. *Fuente de las restricciones contractuales.* De manera general, la jurisprudencia establece que "el universo que tienen los contratos surge ora de la ley, ora de la voluntad de las partes. En el primer caso, los requisitos esenciales y naturales los fija la ley, nunca el reglamento. No existen negocios jurídicos civiles, comerciales o administrativos, etc. tipificados por el ejecutivo en ejercicio de las facultades constitucionales"[67].

No obstante, el reglamento puede, por ejemplo, fijar un conjunto de criterios generales de selección objetiva, sin que ello implique restringir la libertad de la entidad que los concreta en cada pliego de condiciones, según las necesidades del servicio. Bajo este análisis, el Consejo de Estado negó la suspensión provisional del "Decreto 1436 de 1998, reglamentario de la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediario de seguros, [que] ha dispuesto un conjunto de criterios de selección objetiva que debe contener todos los términos de referencia que elaboren las entidades estatales para esos efectos. Así, los criterios que deben observarse en el momento de elaboración de los términos de referencia son, a la luz del artículo 3.º del citado decreto: a. Administración de riesgos; b. Capacidad técnica; c. Infraestructura operativa; d. Experiencia. Sin embargo, parecería que tales criterios no limitan para que la entidad agregue otros, de acuerdo con la conveniencia pública"[68].

Por el contrario, el reglamento no puede restringir el campo de libertad dejado a la entidad en la determinación de los pliegos de condiciones. Es por ello que el Consejo de Estado declaró la suspensión provisional del artículo 4.° (a excepción de su parágrafo) del Decreto 2170 de 2002 que estableció criterios particulares de evaluación de los factores de escogencia y calificación contenidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia. "El artículo 29 de la Ley 80 de 1993, explica el alto tribunal, parte del principio de que la selección del contratista siempre será objetiva y al definir que se entiende por ofrecimiento más favorable, exige la ponderación de diferentes factores de escogencia: cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, que la ley relaciona en forma enunciativa mas no taxativa.

---

66 CEC, Sección Tercera. auto del 23 de abril de 1998, Jaime Alberto Lemoine Gaitán, t. 370, fols. 52 a 59.

67 CEC, Sección Tercera. 3 de febrero de 1994, Héctor Ramón Rodríguez Pizarro, t. 218, fols. 44 a 85.

68 CEC, Sección Tercera. Auto del 2 de febrero de 2001, Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez, t. 438, fols. 318 a 323.

Cuando la norma acusada distingue entre factores de cumplimiento y factores de calificación y establece que la oferta más favorable se obtiene *teniendo en cuenta factores técnicos y económicos*, solamente, deja de lado otros que la ley no excluye. Al señalar qué factores debe tener en cuenta la administración pública de acuerdo con el tipo de contrato, como lo hacen los numerales 3 y 4 del artículo 4.º del Decreto 2170, descarta factores como el cumplimiento, la experiencia, la organización y el plazo, que de acuerdo con la ley pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia, cuando la administración los considere necesarios y pertinentes para la selección del contratista, facultad que limita el decreto reglamentario"[69].

El Consejo de Estado refuerza su decisión con un argumento significativo: "La norma acusada es contraria a la ley y no podía establecer modificaciones a la forma de evaluación de las propuestas en ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que la Constitución reservó a aquélla definir *la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas* (art. 273 Constitución Política) y por ello es procedente que se acceda a la suspensión provisional solicitada"[70]. En estricto sentido, el artículo constitucional parece restringirse al caso muy específico de la audiencia de adjudicación[71], pero el Consejo de Estado amplía esta competencia legislativa a toda evaluación de propuestas. Por consiguiente, habría que concluir que el reglamento no puede imponer ningún tipo de forma de evaluación de las propuestas y, en la medida en que la Ley (art. 24 num. 5, 29 y 30 num. 2 de la Ley 80) tan sólo impone a las entidades contratantes la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección, son éstas quienes han de definirlos con mucha libertad.

130. *Control estricto de los reglamentos.* Los límites de la autonomía de la administración contratante tan solo pueden ser establecidos por la ley, de tal suerte que las restricciones reglamentarias son anuladas por el Consejo de Estado. Es el caso de un decreto que obligaba a incluir en las concesiones de puertos de servicio público una cláusula prohibiendo al concesionario la prestación de servicios de operación portuaria en sus instalaciones. Tal restricción, afirma la corporación, es sólo posible a través de una cláusula contractual, dado

---

69 CEC, Sección Tercera, auto del 1.° de abril de 2004, Guillermo Sebastian Rincón Uribe, t. 566, fls. 170-176.

70 Ídem.

71 Constitución Política, art. 273. "A solicitud de cualquiera de los proponentes, el contralor general de la república y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.
Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señaladas por la ley".

que la ley no impone tal obligación[72]. Igualmente, el reglamento no puede restringir la posibilidad, otorgada a las partes por la ley, de establecer la repartición de los gastos para el pago de la publicación del contrato[73]. Tampoco puede imponer la transmisión de la apertura de licitaciones a la confederación de las cámaras de comercio, por cuanto se trata de medidas no previstas en la Ley 80[74]. El Consejo de Estado anuló los artículos 17 y 20 del Decreto 856 de 1994, reglamentario del registro de proponentes, en el que se establecía la condena en costas y el recurso de apelación en los procedimientos administrativos de anulación del registro de un proponente, por cuanto se trataba de medidas no previstas en la Ley 80 reglamentada[75]. Podemos citar también la suspensión provisional de una circular de la DIAN que imponía incluir en las licitaciones la obligación de información tributaria pedida a los proponentes. El Consejo de Estado consideró que el reglamento "incurrió en una interpretación errónea del Estatuto de Contratación Administrativa, ya que éste reservó a la entidad pública contratante o interesada la atribución de definir en los pliegos de condiciones los requisitos objetivos necesarios para que los particulares participen en los procesos de selección (ord. 5.º art. 24)"[76].

En fin, resulta muy significativa la suspensión provisional decretada contra el artículo 5.º del Decreto 2170 de 2002 que creó el sistema de conformación dinámica de las ofertas. "El nuevo procedimiento que establece [este artículo], no obstante que es facultativo para la entidad introducirlo en los pliegos de condiciones, no deja de ser un sistema suis generis que se convierte en una verdadera subasta, la cual está prevista en la ley para la venta de bienes (par. 3.º art. 24) y permite, además, que los ofrecimientos se mejoren *en aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas*, a través de *posturas sucesivas*, aspecto éste no previsto en la ley. Este sistema, es evidente, contraviene el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, al establecer la norma acusada el mecanismo de la conformación dinámica de la oferta, éste resulta contrario, en forma ostensible, al sistema de evaluación de las propuestas y selección del contratista que la ley tiene previsto en sus artículos 29 y 30"[77].

---

72 CEC, Sección Tercera. 24 de julio de 1997, Rafael E. Ostau de Lafont, t. 344, fols. 264 a 278.

73 CEC, Sección Tercera. Auto del 22 de mayo de 1996, Liliam Suárez Melo y Miguel Bottia Posse, nulidad del artículo 3.º del decreto 1477 de 1995, t. 308, fols. 255 a 263.

74 CEC, Sección Tercera. Auto del 20 de mayo de 1999, departamento de Risaralda, t. 396, fls. 305 a 311.

75 CEC, Sección Tercera. 23 de marzo de 2000, Jorge Hernán Gil Echeverri, t. 415, fls. 18 a 50.

76 CEC, Sección Tercera, auto del 27 de enero de 2000, Pedro José Bautista Moller, t. 408, fols. 224 a 236:

77 CEC, auto del 13 de mayo de 2004, Jorge Manuel Ortiz Guevara, t. 570. Fls. 72-84.

C. PRÁCTICA REGLAMENTARIA

131. *Abundancia de reglamentos y autonomía.* Pese a las restricciones del poder reglamentario en la aplicación de la ley, puede preguntarse si el clima de autonomía de las entidades contratantes no se ve profundamente restringido por los múltiples reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional.

En efecto, los 81 artículos de la Ley 80 han sido reglamentados por más de 40 decretos. El esfuerzo del legislador por cambiar el antiguo estatuto, que con sus 301 artículos hacía densa la actividad contractual, pareciera haber fracasado. ¿Se habría simplemente remplazado la *densidad* de la ley por la de la reglamentación?[78]. Además, la interpretación del régimen se torna tanto más delicada con los riesgos de contradicciones y cambios frecuentes. Es el caso del Decreto 2681 de 1993 sobre el crédito público, modificado cinco veces en dos años para clarificar términos o ajustar detalles[79]. De igual manera, el Decreto 192 de 1998, sobre la clasificación y calificación de los proponentes en el registro único de las cámaras de comercio, modificó el sistema precedente del Decreto 1584 de 1994, que había sido modificado parcialmente por los decretos 430 y 1665 de 1997.

132. *Misión modesta de los reglamentos.* Sin duda, el número de los decretos reglamentarios hace complejo el régimen, pero no hay que exagerar su importancia. Primero, se trata de un fenómeno universal dentro de la lógica de adaptación constante de la administración que hace imposible la consolidación de un sistema monolítico perfectamente coherente[80]. Pero lo más importante es que el estudio de los reglamentos revela que la mayoría cumplen misiones modestas, pese a su número. Algunos fueron *expresamente previstos por la Ley 80* (1), y otros son simples *reglamentos de ejecución* (2).

1. REGLAMENTOS IMPUESTOS POR LA LEY 80

La Ley 80 previó la reglamentación gubernamental en distintos niveles.

133. *Campos técnicos o novedosos.* Primero encontramos las materias reglamentadas por disposición expresa de la Ley 80. Se trata de campos técnicos o novedosos en los que las adaptaciones importantes auspiciaron que el legislador dejara al Gobierno su reglamentación. Tales campos son:

---

78 L. G. DÁVILA. "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 34.

79 Decreto 620 de 1994 que clarificó el artículo 70; Decreto 94 de 1994 que modificó el artículo 2.º; Decreto 94 que estableció la delegación de funciones; Decreto 1121 de 1994 que clarificó el artículo 44 y Decreto 1721 de 1995 que modificó el artículo 34.

80 J. CHEVALLIER. *L'État de droit*, París, Montchrestien, 1992, pp. 112 a 114.

– Las operaciones de crédito público que vimos anteriormente[81].

– El registro de proponentes, reglamentado originalmente por el Decreto 856 de 1994, según disposición del artículo 79 de la Ley[82], y hoy regido esencialmente por el Decreto 92 de 1998 y los decretos 320 de 2000 y 393 de 2002, que regulan, entre los aspectos más importantes, la clasificación y calificación de los proponentes, prevista en el numeral 3 del artículo 22 de la Ley[83], y la fijación de tarifas, vista en el numeral 8 del mismo artículo[84].

– Los procedimientos de selección de los contratistas en la contratación directa, reglamentados por los decretos 855 de 1994, 325 y 2964 de 1995 y 2170 de 2002, según previsión del parágrafo 2.º del artículo 24 de la ley[85].

Esta reglamentación es particular, frente a las demás, por el grado de amplitud del poder reglamentario conferido al Gobierno. Contrariamente a muchos aspectos de la ley, y en particular a la lógica finalística de los principios de la contratación estatal, enunciados y desarrollados en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80, el legislador confió al Ejecutivo la reglamentación casi integral de la contratación directa, estableciéndo como únicos parámetros el respeto de los principios de economía, transparencia y selección objetiva. El ámbito de la competencia reglamentaria es así tan amplio que uno se puede preguntar si todavía estamos frente a la reglamentación de la ley o si, en el fondo, se trata más bien de una delegación de la competencia legislativa en favor del Gobierno.

---

81 Reglamentación prevista por el artículo 41 de la Ley 80 así como por el Decreto Ley 2112 de 1992 sobre el crédito público.

82 Art. 79 Ley 80 de 1993: "*De la reglamentacion del registro de proponentes*. El funcionamiento del registro de proponentes en las cámaras de comercio será reglamentado por el Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley".

83 Art. 22.3 Ley 80 de 1993: "*De la clasificación y calificación de los inscritos*. La clasificación y calificación la efectuarán las mismas personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional en aplicación de criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos, y se presentará a la respectiva cámara de comercio simultáneamente con la solicitud de inscripción".

84 Art. 22.8 Ley 80 de 1993: "*De la fijacion de tarifas*. El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las cámaras de comercio por concepto de la inscripción en el registro de proponentes, así como por su renovación y actualización y por las certificaciones que se les solicite en relación con dicho registro. Igualmente fijará el costo de la publicación del boletín de información y del trámite de impugnación de la calificación y clasificación. Para estos efectos, el Gobierno deberá tener en cuenta el costo de la operación de registro, en que incurran las cámaras de comercio, así como de la expedición de certificados, de publicación del boletín de información y del trámite de impugnación".

85 Parág. 2.º art. 24 Ley 80 de 1993: "El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella".

Esta concepción fue justamente la base de la argumentación de la demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2.º del artículo 24, transcrito. El actor consideró que la regulación integral de la materia debió ser objeto de las facultades *pro tempore* del numeral 10 del artículo 150 de la Carta, que además han de ser solicitadas expresamente por el Gobierno[86]. El argumento nos parece importante. Pero la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma al considerar que "la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993, se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política"[87]. La Corte resalta así que la contratación directa fue expresamente prevista por la ley al fijar los eventos en que es posible, como excepción a la regla general de la licitación o concursos públicos. Además, la Ley 80 definió los aspectos básicos, en particular el respeto de los principios de la actividad contractual de la administración, lo que es contrario a una habilitación general.

Independientemente de la fuerza argumentativa del razonamiento de la Corte, nos parece esencial retener que la amplitud de la reglamentación en la materia obedece a que el legislador así lo previó expresamente, al confiar su desarrollo al Gobierno sobre bases generales, lo que parece reforzar que en otras materias en las que el legislador tan sólo enuncia principios, el ámbito reglamantario debería ser restringido[88].

134. *Desarrollo de aspectos específicos.* En segundo lugar, ciertos reglamentos desarrollan puntos específicos de carácter técnico, como la determinación de las

---

86 Constitución Política, art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones. Núm. 10 Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara..."

87 CCC, sentencia C-508/02 del 3 de julio de 2002, Luis Eduardo Montoya Medina, demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

88 Sobre el poder reglamentario y el Decreto 2170 de 2002, ver análisis de DÁVILA VINUEZA L.G., "Régimen Jurídico de la Contratación Estatal", cit., p. 190.

cuantías para la delegación (Dcto. 1985 de 1994)[89], la determinación de lo que debe considerarse un *bien de origen nacional* (decretos 313 y 679 de 1994)[90], la definición de las sociedades anónimas abiertas (Dcto. 679 de 1994)[91] o la publicación de los contratos (decreto 1477 de 1995).

2. REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN

135. En otro gran grupo de decretos reglamentarios podemos clasificar aquellos que no desarrollan verdaderamente la materia, bien sea porque se limitan a repetir el texto de la ley[92] o porque tan solo precisan términos utilizados por las disposiciones legales. Es el caso del Decreto 679 de 1994, en cuanto define la manera de desconcentrar las funciones en los procedimientos de selección de los contratistas, la determinación de los presupuestos de las entidades contratantes para hacer el cálculo de las mínimas cuantías y la noción de *pequeños poblados* para la publicidad de la licitación del numeral 3 del artículo 30. El mismo decreto reitera

---

89 Art. 25.10 Ley 80 de 1993: "Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento".

90 Art. 21 Ley 80 de 1993: "*Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales*. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica. En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquél que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica. El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales. Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales. Parágrafo 2.º El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional".

91 Art. 8.º Ley 80 de 1993: "*De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar* [...] Parágrafo 2.º Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas".

92 Es el caso del Decreto 1436 de 1998, artículos 5.º (incompatibilidades) y 7.º (consorcios y uniones temporales), el Decreto 2251 de 1993 sobre el campo de aplicación de la ley, la supresión de aprobaciones y las fechas de vigencia de la ley, o el Decreto 276 de 1998 sobre la desconcentración, la aplicación del derecho privado, el silencio administrativo positivo y la publicación de contratos.

igualmente la necesidad de una certificación sobre la calidad de bienes suministrados a la administración, según el Decreto 2269 de 1993.

Por su parte, el artículo 5.º del Decreto 287 de 1996 precisa que la audiencia pública de adjudicación (num. 10 art. 30 Ley 80) no puede ser utilizada para adicionar nuevas observaciones a los estudios técnicos de los proponentes realizados por la entidad contratante.

136. *Manifestación de los límites reglamentarios.* El análisis de los textos nos muestra el rol modesto de los reglamentos distintos de aquellos que constituyen una extensión de la ley por expresa voluntad del legislador. Pero, ¿se trata de una decisión política del Gobierno o más bien de un límite de las posibilidades del reglamento en la materia contractual? El sistema parece fortificar a las entidades contratantes que tienen hoy más libertad a través de la consagración del principio de la *autonomía de la voluntad*.

137. La amplitud reconocida por la Corte Constitucional a través de la autorización general para contratar, contenida en la Ley 80, y la restricción del poder reglamentario, nos obligan a concentrarnos sobre los términos específicos de esta ley para deducir de ellos el espacio de libertad abierto a la administración contratante. Así, una *ley de principios* como ésta, que fue el fruto de una manifestación política específica en este sentido, según la cual era necesario brindar a los gerentes públicos las herramientas flexibles que les permitiesen adaptarse a las condiciones y exigencias cambiantes de la gestión pública moderna, abre un campo considerable a la autonomía administrativa.

138. Las críticas a la teoría de la autonomía de la voluntad restringieron considerablemente el rol de la voluntad en las relaciones contractuales entre las personas privadas. No siendo soberana, la fuerza jurídica de la voluntad se deriva de la ley según los parámetros fijados por el legislador. Esta misma lógica parece aplicarse a la administración contratante. En efecto, la amplitud del papel de la voluntad de las personas públicas, así como la de las personas privadas, está definida por la ley, y toda la fuerza jurídica de sus actos encuentra su fundamento en la ley.

Por consiguiente, la diferencia entre la competencia y la capacidad sería un problema más de *grado* que de *naturaleza jurídica*[93]. La oposición entre el principio de legalidad que rige el comportamiento de la administración y el principio de libertad aplicable a los particulares pierde su contenido si las leyes reconocen una *amplia competencia* a las entidades estatales y al mismo tiempo *reglamentan la capacidad* de los particulares.

---

93 C. Ponce. *Le consensualisme dans les contrats administratifs*, tesis, Estrasburgo, 1956, p. 36; C. Venezia. "Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif", en *Études offertes à Pierre Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t. II, pp. 383 y 384.

CAPÍTULO SEGUNDO

Ecuación contractual

139. *Hechos nuevos que afectan la ejecución del contrato.* Los contratos deben ejecutarse según sus cláusulas. El acuerdo de voluntades determina las obligaciones de las partes, a las que sólo hay que agregar las que naturalmente se derivan del tipo de contrato establecido, según las normas legales que lo regulan de manera subsidiaria. Así se precisa claramente lo que cada parte debe hacer y cómo debe hacerlo. Todo parece entonces bien previsto desde el comienzo, antes de que las partes inicien la ejecución de sus prestaciones, de tal suerte que si una de ellas no cumple con lo prometido debe reparar integralmente los perjuicios que este comportamiento causa a la otra (responsabilidad por culpa), o bien justificar su actitud aportando la prueba de una causa extraña que no le es imputable y que imposibilita el cumplimiento (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o incumplimiento previo de su co-contratante).

Con todo, estos casos clásicos previstos por la teoría general del contrato no incluyen todas las posibilidades de eventos susceptibles de afectar la ejecución del contrato. Es posible, en efecto, que durante su desarrollo aparezcan hechos imprevistos al momento de celebrar la convención que, sin hacer imposible el cumplimiento de las prestaciones a las que las partes se obligaron, afecten su realización e impongan dificultades y/o costos complementarios a los originalmente calculados. Frente a esta posibilidad, el derecho privado se mostró particularmente rígido. En la medida en que se trataba de situaciones no previstas ni por la ley ni por las partes, el juez privilegiaba la voluntad original de éstas manifestada en los términos contractuales. Por el contrario, el Consejo de Estado francés se mostró más flexible a través de la creación de la jurisprudencia según la cual las obligaciones contractuales debían adaptarse a los cambios sobrevenidos durante la ejecución del contrato administrativo, lo que implicaba una actitud de solidaridad de la administración contratante para con su contratista que seguía ejecutando el contrato, actitud fundamental para el mantenimiento del servicio público.

140. *¿Conservación de la concepción tradicional?* ¿Esta particularidad de la responsabilidad contractual administrativa, adoptada por el Consejo de Estado colombiano, fue ratificada por la Ley 80? En principio la respuesta debe ser afirmantiva, pese a la originalidad de la expresión "ecuación contractual"[1]. La

---

1 Tanto el derecho administrativo francés como el derecho latinoamericano, incluida la jurisprudencia colombiana tradicional, utilizan los términos "ecuación financiera" del contrato o "equilibrio contractual" que tienen alcances jurídicos distintos. La primera se centra sobre el aspecto económico del contrato, en particular sobre el principio de intangibilidad de la remuneración del contratista, mientras que la segunda, de manera más general, aborda las diversas prestaciones del contrato en aras de conservar su equidad.

exposición de motivos del proyecto de ley[2], así como las ponencias para debate tanto en las comisiones conjuntas como en plenarias[3], afirmaban la intención del legislador de condensar la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia, inspirado profundamente en el derecho francés. De igual manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado reforzaría posteriormente la concepción clásica, fruto del contrato administrativo.

De un lado, encontramos la responsabilidad de las partes contratantes por el incumplimiento, según los principios generales del contrato, con independencia de su carácter privado o administrativo, por cuanto este género de responsabilidad es igual en los dos regímenes[4]. Así, el contratista responde por los retrasos en el programa de trabajo[5], las interrupciones injustificadas de la obra[6], la mala calidad de los materiales utilizados en ella[7], la no restitución del inmueble según los términos del contrato de arrendamiento[8], el suministro tardío de equipos[9] o de mercancías[10], así como la exportación de bienes en número menor a la cuota fijada en el contrato[11]. De igual manera, la entidad contratante es declarada responsable por poner tardíamente a disposición del contratista los terrenos para la realización de una obra[12], la falta de pago de las actualizaciones de precios convenidas[13] o, lo más frecuente, por la mora en el pago de las prestaciones[14].

Por el otro lado, la jurisprudencia ratifica la responsabilidad sin culpa de la administración, sobre la base de las teorías clásicas de derecho administrativo: hecho del príncipe, sujeciones imprevistas, imprevisión y enriquecimiento sin causa.

---

2 Exposición de motivos de la Ley 80, en Betancur Cuartas. *Nuevo estatuto*, cit., pp. 118 a 120.

3 Ponencia para primer debate en las comisiones conjuntas de Cámara y Senado (ibíd., p. 156) y ponencias para debate en plenaria del Sénado (*idem.*, p. 161) y de Cámara de Representantes (ibíd., p. 169).

4 Chapus. Ob. cit., pp. 351 a 378.

5 CEC, Sección Tercera, 20 de octubre de 1995, Murrle & Rodas Ltda., t. 201, fls. 121 a 176.

6 CEC, Sección Tercera, 1.º de marzo de 1996, Ingecitel Ltda., t. 302, fls. 42 a 54.

7 CEC, Sección Tercera, 13 de abril de 1999, Consorcio Carlos González Venegas y Luis Guillermo Arévalo C., t. 394, fls. 11 a 60.

8 CEC, Sección Tercera, 8 de febrero de 1996, Blanco y Compañía Ltda., t. Consejo de Estado, 298, fls. 388 a 401; Sección Tercera, 17 de noviembre de 1998, Jaime Orozco Salazar, t. 380, fls. 309 a 326

9 CEC, Sección Tercera, 26 de septiembre de 1996, Importadora Saga Ltda., Iskra Comerce, t. 320, fls. 82 a 100; Sección Tercera, 18 de septiembre de 1997, Electroequipos Castro Varela Ltda., t. 352, fls. 149 a 156.

10 CEC, Sección Tercera, 11 de mayo de 1999, Brogra Ltda., t. 396, fls. 89 a 135.

11 CEC, Sección Tercera, 17 de septiembre de 1998, La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A., t. 380, fls. 216 a 233.

12 CEC, Sección Tercera, 6 de agosto de 1998, Caudex Vitelio Peñaranda Osorio, t. 377, fls. 263 a 289.

13 CEC, Sección Tercera, 19 de septiembre de 1994, Servies, t. 252, fls. 253 a 262.

14 CEC, Sección Tercera, 29 de agosto de 1996, Hidroeléctrica de Colombia Ltda., Germán Varela Flórez, t. 317, fls. 155 a 178; 12 de diciembre de 1996, Industrias Fava Ltda., t. 325, fls. 1 a 32; 13 de mayo de 1996, Alvaro Mazorra Gómez, t. 309, fls. 70 a 83; 24 de octubre de 1994, Agenor García Gutiérrez, t. 259, fls. 161 a 185.

141. *Cambio de concepción.* Sin embargo, en este campo, como en general en la actividad contractual de la administración, la Ley 80 parece haber introducido transformaciones significativas. La intención de consagrar una mayor igualdad entre las partes contratantes hizo que el legislador centrara el problema de la responsabilidad sin culpa en el principio de la *ecuación contractual* del artículo 27[15]. La noción consagrada en la ley corresponde a la ecuación financiera del contrato arraigada a las prestaciones recíprocas del contrato sinalagmático, más próxima de la revisión del contrato, establecida por el Código de Comercio, que de la *ecuación equitativa*, desarrollada ampliamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en torno a la idea del equilibrio contractual.

142. *Importancia del derecho francés.* La responsabilidad contractual sin culpa es una de las particularidades mayores del contrato administrativo con relación al contrato privado. El desarrollo de este régimen por la jurisprudencia francesa influyó profundamente nuestro derecho, bien sea de manera directa o, lo más frecuente, a través de los autores españoles o latinoamericanos, quienes se inspiraron en ella para adaptarla a las particularidades de sus respectivos países. Por ello es difícil la precisión del significado y alcance del principio de la *ecuación contractual*. La Ley 80 adopta los principios del derecho francés de manera parcial y desarticulada. Ciertas manifestaciones son incluso incompatibles con la tradición francesa. Y sin embargo, nuestro Consejo de Estado y nuestra doctrina se apoyan con frecuencia en los argumentos de las teorías clásicas del derecho francés.

Así, resulta esencial recordar los *fundamentos de la responsabilidad contractual sin culpa en el derecho francés* (I), para poder apreciar mejor cuán particular es el enfoque de la *ecuación contractual de la Ley 80* (II).

I. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SIN FALTA EN EL DERECHO FRANCÉS

La posibilidad ofrecida a la administración de adaptar las condiciones contractuales a las necesidades del servicio genera, *como contrapartida*, *su responsabilidad frente al contratista* (A). El particular equilibrio de intereses que se deriva de esta situación fue *explicado de diferentes maneras por la doctrina francesa* (B). A partir de este equilibrio, podemos establecer *los principios generales de la responsabilidad sin culpa* (C).

---

15 Art. 27 Ley 80 de 1993: "*De la ecuación contractual*. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".

A. "COSTO" DE LA ADAPTACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA

143. Los eventos que afectan la ejecución del contrato administrativo son de naturaleza variada. Sus particularidades fueron decantadas lentamente por la jurisprudencia francesa, y la creación de las diferentes teorías sobre la responsabilidad sin culpa fue fruto de una larga maduración jurisprudencial.

Al comienzo, en el siglo XIX, todos los enventos eran vistos como casos de fuerza mayor. A través de la interpretación de los pliegos de condiciones, que consagraban el derecho de los contratistas a ser indemnizados en caso de fuerza mayor, el Consejo de Estado francés impuso a la administración la obligación de reparar los daños causados: por la pérdida de objetos del contratista; por la obstrucción de rutas debido a fenómenos naturales que impedían temporalmente la continuación de la obra o tener acceso a ella; por las sequías excepcionales que conllevaban sobrecostos extraordinarios, así como por las condiciones inesperadas del terreno.

En la primera mitad del siglo XX, cuando se forjó verdaderamente la teoría del contrato administrativo, los distintos eventos se clasificaron en categorías bien definidas y distintas. Fue en este momento cuando aparecieron las distintas teorías clásicas vigentes en nuestros días. Si las modificaciones imprevistas tienen por origen una acción lícita de la administración contratante, la teoría del *hecho del príncipe* debe aplicarse; si se trata de consecuencias de las condiciones físicas del terreno, es la *teoría de las sujeciones imprevistas* la pertinente, y si las alteraciones son fruto de modificaciones económicas inesperadas, el Consejo de Estado hace intervenir la *teoría de la imprevisión*.

Estas nociones nos permiten enunciar el criterio de distinción utilizado con frecuencia para identificar las tres teorías. Al álea administravo corresponde el hecho del príncipe; al álea físico, las sujeciones imprevistas, y al álea económico, la imprevisión. Sin duda la aplicación del criterio es mucho más complicada por cuanto las diferencias son con frecuencia sutiles y las circunstancias inciales que permitieron enunciar las teorías han cambiado con el transcurso de los años, al punto de poner incluso en peligro la validez de sus explicaciones. Sin embargo, ellas contribuyen a explicar los diferentes regímenes de responsabilidad, sobre todo bajo un fundamento común: las particularidades del contrato administrativo.

144. *Finalidad especial de la responsabilidad administrativa*. El interés general inherente al contrato administrativo impone a la administración la responsabilidad de llevar a cabo la gestión administrativa relacionada con el contrato. Por consiguiente, debe adaptar los términos contractuales cuando aparecen nuevas condiciones y aunque éstas impongan gastos suplementarios. La *rentabilidad pú-*

blica del contrato sobrepasa su *rentabilidad económica*, lo cual la distancia de manera fundamental de la lógica privada, marcada por el éxito esencialmente económico del contrato, frente a la lógica administrativa, impregnada de la función pública inherente al contrato.

Esta característica determina las relaciones entre la administración y su contratista. De un lado, aquélla exige de éste una disponibilidad particular para obedecer sus indicaciones sobre la ejecución del contrato y para adaptarse a las exigencias del servicio; pero de otro lado, y en contraprestación, la administración contratante debe a su *colaborador* una solidaridad especial, para así poder llevar a cabo la empresa común. El contratista se ve involucrado así en una *causa* que no es espontáneamente la suya, dada su calidad de empresario privado que busca un provecho lícito a través del contrato. De ahí la importancia de la noción de colaborador de la administración.

El contrato administrativo se muestra entonces muy dinámico y va mucho más lejos de las condiciones incialmente convenidas. En realidad es la dinámica del servico público la que determina finalmente su contenido. Es por eso que las características de *continuidad* y de *adaptación*, fundamentales en la noción del servicio público, son aplicadas también a la teoría general del contrato administrativo. La estabilidad de las condiciones contractuales iniciales, fundamental en el contrato privado, es relativa en el contrato administrativo. Los intereses de la administración se revelan superiores a los intereses individuales del contratista. Con todo, esta realidad no se traduce en un sacrificio del contratista, sin compensación, lo que sería contrario a la equidad. Por ello fue necesario reconstruir un nuevo equilibrio de las relaciones sobre bases diferentes a las establecidas por la teoría general del contrato privado.

B. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

145. Para explicar el equilibrio particular de los contratos administrativos y con él el fundamento de la responsabilidad contractual sin culpa, la doctrina esbozó diferentes explicaciones.

146. *La común intención de las partes.* Bajo la influencia de la teoría general del contrato privado, algunos autores encontraron el fundamento de esta responsabilidad en la común intención de las partes. Pero esta teoría fue muy criticada por su carácter simplista, irreal e inadaptado a la lógica de la responsabilidad administrativa[16]. Es simplista por su ausencia de justificación. Las sentencias del Conse-

16 *Traité*, cit., t. II, p. 504.

jo de Estado francés hacen mención a la común intención de las partes sin explicar cómo esta *intención* sustenta las decisiones de la alta corporación. En realidad, la explicación es imposible. Si se trata de eventos esencialmente imprevistos por las partes, es artificial acudir a la común intención de las partes. Se podría pensar que se trata de la intención implícita y no de la intención expresada en las cláusulas contractuales, pero en este caso las decisiones jurisprudenciales no se apoyan en este supuesto cálculo. El Consejo de Estado reconoce indemnizaciones diferentes en casos en los cuales se podría calcular una intención de indemnización similar, como en la imprevisión y en la sujeciones imprevistas. Estos dos eventos tienen en común el ser exteriores a las partes contratantes, en la medida en que no les son imputables. En la imprevisión hay una variación de las condiciones contractuales fruto de un evento económico (crisis económica grave; devaluación extraordinaria; aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato; conmoción social, etc.). En las sujeciones imprevistas la variación de las condiciones de ejecución de una obra objeto del contrato proviene de un hecho físico completamente imprevisto, imprevisible y ajeno a las partes (dureza extraordinaria de rocas, inestabilidad de los suelos, corrientes submarinas, lechos arenosos, etc.). Y sin embargo, el Consejo de Estado francés indemniza tan sólo parcialmente al contratista en el primer evento, al reconocerle sólo las pérdidas sufridas, mientras que en el segundo le reconoce indemnización plena por la integralidad del daño sufrido[17]. Además, la jurisprudencia reconoce indemnizaciones que las cláusulas contractuales han excluido expresamente[18].

147. *El equilibrio financiero del contrato.* En realidad la lógica de las teorías se apoya en las condiciones de ejecución del contrato administrativo. Con esta observación se buscó el fundamento en el equilibrio financiero del contrato. De Soto lo explica de la siguiente manera: "Se presume que las obligaciones de las partes han sido calculadas de tal suerte que reflejan un equilibrio desde el punto de vista financiero, y el juez del contrato deberá esforzarse por mantener este equilibrio cualquiera sea su costo. Las prestaciones de los contratantes están correlacionadas entre sí, de tal suerte que si las de uno aumentan o disminuyen es necesario, de conformidad con la equidad, la finalidad del contrato (y con la común intención de las mismas partes), que las del otro vayan en el mismo sentido"[19].

---

17 Volveremos en detalle sobre las concepciones francesas de las distintas teorías en el capítulo "Aplicación jurisprudencial de la ecuación contractual", infra n.os 528 y ss.

18 S. Badaoui. *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, lgdj, París, 1954, p. 48.

19 M. de Soto. Nota sobre *Soc. gén. française de publicité et d'édition*, Cons. de préf. de la Seine, 24 de

Si el equilibrio inicial entre las prestaciones contractuales se modifica por un acto de la administración o por circunstancias ajenas a las partes, y si el contratista está obligado a continuar la ejecución del contrato por el interés general implícito en él, es necesario adaptar las prestacionas a estas circunstancias, lo que conduce al reconocimiento de indemnizaciones en favor del contratista.

148. *¿Otra manifestación de la común intención de las partes?* Esta explicación tiene un valor relativo y obliga a su prudente aplicación porque puede convertirse en una máxima sin contenido práctico que justifique soluciones contradictorias y sobre todo ajenas a los fundamentos de las decisiones del Consejo de Estado francés.

En realidad, pese a su enunciado seductor, se trata de una variante de la común intención de las partes, en cuanto se apoya en la lógica de un contrato regido íntegramente por las estipulaciones iniciales. La ecuación aritmética, que profesa esta explicación sobre la base de las condiciones iniciales, no se puede mantener en múltiples ocasiones, en particular frente a los hechos externos a las partes que varían de manera esencial las bases originales del contrato al imponer nuevas prestaciones a las que no puede aplicarse la ecuación inicial. La dinámica del contrato administrativo impone a la entidad contratante la obligación de indemnizar los perjuicios más allá de las condiciones iniciales, e igualmente impone al contratista la carga de soportar ciertos riesgos imprevistos cuando aparecen hechos particulares que modifican las condiciones iniciales del contrato. Además, el equilibrio financiero no *se restablece* de la misma manera en la aplicación concreta de las distintas teorías.

149. *El equilibrio equitativo.* El equilibrio financiero del contrato no puede ser concebido y aplicado de una manera matemática, sino flexible, de conformidad con los principios del contrato administrativo[20]. Tanto la doctrina como la jurisprudencia hacen mención del *equilibrio relativo*, o bien del *equilibrio honesto* o *fruto de la interpretación razonable del contrato*, expresiones todas que son la manifestación del fundamento de equidad, inspirador de la expresión, y no de un cálculo matemático del valor de las prestaciones. Se trata de una equidad particular por cuanto es la consecuencia de la solidaridad con el contratista y no del simple equilibrio de las condiciones económicas iniciales del contrato.

---

diciembre de 1940, DC, 1942, Jurisc. p. 111, citado por Badaoui. Ob. cit., p. 130. En el mismo sentido, Péquignot. *Théorie générale du contrat administratif*, cit., p. 488.

20 *Traité*, t. I, p. 718.

C. PRINCIPIOS GENERALES DE ESTA RESPONSABILIDAD

La particularidad de la equidad del contrato administrativo explica los principios de la responsabilidad aplicables a este género de contratos.

150. *Responsabilidad sin culpa*. En primer lugar, en todos los casos estamos frente a una responsabilidad sin culpa. En el hecho del príncipe, los cambios impuestos al contratista son la consecuencia del ejercicio lícito de los poderes de la administración. En las otras teorías, la administración no interviene en la realización de las modificaciones contractuales.

151. *¿Responsabilidad contractual?* En segundo lugar, aunque se trata de una responsabilidad contractual, puesto que se deriva necesariamente del contrato en la medida en que la entidad estatal responde por los perjuicios soportados con ocasión de su ejecución[21], es preciso buscar su *inspiración* en la responsabilidad extracontractual, más precisamente en el principio de igualdad ante las cargas públicas. La administración es solidaria con su contratista porque crea un *riesgo de gestión*, entendido como un cúmulo de exigencias del servicio, que se traduce en un imperativo, no sólo para ella sino también para el contratista. Por consiguiente, éste debe ser indemnizado. El contratista se sacrifica ante el cumplimiento de una carga de interés general, lo que conlleva la reparación del perjuicio que sufre, so pena de romper el equilibrio ante las cargas públicas.

Sin embargo, pese a que el principio de igualdad ante las cargas públicas inspira las teorías, no debe considerarse como el fundamento de la responsabilidad en sí mismo, esto es, aislado de la relación contractual que vincula al contratista con la administración[22].

152. *Solidaridad con el contratista*. Además, la indemnización constituye el ingrediente a favor del contratista, que, como se sabe, es en el contrato administrativo un colaborador de la administración. La entidad contratante le impone obligaciones exorbitantes frente a las nacidas de los contratos entre particulares. El contratista debe realizar esfuerzos particulares para superar las dificultades que encuentre en la ejecución del contrato. Incluso si la ejecución conlleva pérdidas, debe llevarla a cabo.

Muchos de estos eventos constituyen casos de fuerza mayor en un contrato entre particulares y liberan de la obligación al deudor. Por el contrario, en el contrato administrativo la fuerza mayor tiene una interpretación en extremo

---

21 A. DE LAUBADÈRE. "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", en *Mélanges Archille Mestre*, París, Syrey, 1965, pp. 392 y ss.

22 *Traité*, t. I, p. 763.

restrictiva. El esfuerzo exigido al contratista es tan particular que incluso el incumplimiento de las obligaciones por parte de la administración contratante no lo autoriza a interrumpir la ejecución del contrato, por cuanto la *exceptio non adimpleti contractus* no es, en principio, oponible a la entidad contratante.

Todos estos *sacrificios* justifican una compensación *equitativa* y explican el fundamento de las indemnizaciones reconocidas en los eventos de *imprevisión* y de *sujeciones imprevistas* en los que ni siquiera hay imputación del daño a la entidad contratante.

153. *Reglas flexibles.* Por último, es fundamental anotar que las reglas de reparación del perjuicio no son absolutas. El Consejo de Estado francés analiza en detalle cada caso antes de reconocer una indemnización. El comportamiento de las partes es por consiguiente fundamental para deducir de allí los esfuerzos realizados por el contratista, el grado de su sacrificio en aras del interés general, los áleas contractuales específicos según las cláusulas del contrato, los tipos contractuales y las formas de pago, así como el carácter especial o general del perjuicio.

II. LA ECUACIÓN CONTRACTUAL EN LA LEY 80 DE 1993

154. *Dificultades*. Determinar el fundamento de la responsabilidad establecido en la Ley 80 no es tarea fácil por dos razones. En primer lugar, la lógica del contrato administrativo tradicional fue modificada por la ley. En segundo lugar, la jurisprudencia parece haber extendido la responsabilidad más allá del texto legislativo, transfiriendo así a la administración los riesgos contractuales[23].

La *deficiencia conceptual de los textos* (A) nos obliga a su análisis sistemático utilizando el espíritu de la ley como orientador y guía general. Ello nos permitirá estudiar *el principio general de la ecuación contractual* y su problema fundamental: los riesgos contractuales (B). Sin embargo, la aplicación concreta del principio nos revelará ciertas *contradicciones* (C).

A. DEFICIENCIA CONCEPTUAL DE LOS TEXTOS

Varios artículos de la Ley 80 sobre la *ecuación contractual* presentan contradicciones significativas.

---

23 En este capítulo nos ocuparemos del análisis de los textos de la Ley 80 que consagran la ecuación contractual. En un capítulo posterior analizaremos en detalle su "aplicación jurisprudencial"; infra n.os 558 y ss.

155. *Principio de responsabilidad por culpa*. El artículo 50, que tiene por título "de la responsabilidad de las entidades estatales", la restringe a los comportamientos *antijurídicos* o culposos de la administración. El texto consagra así el fundamento del principio de responsabilidad de la administración sobre la culpa[24], pero la Corte Constitucional ha explicado cómo, en realidad, la responsabilidad no se reduce a la aplicación de este artículo por cuanto tanto la Carta así como la Ley 80 admiten la responsabilidad sin culpa.

En la sentencia del 1.º de agosto de 1996 la Corte explica primero que el fundamento de la responsabilidad administrativa se encuentra, a nivel constitucional, en el artículo 90 de la Carta, según el cual "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de autoridades públicas…". Bajo la influencia de la Constitución española (art. 106[25]), el constituyente colombiano estableció un sistema de responsabilidad administrativa centrado, no en el comportamiento dañoso, según los principios clásicos, sino en "la posición de la víctima, pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio, real o supuesta"[26].

La Constitución establece un fundamento general de la responsabilidad administrativa en torno a la noción de *daño antijurídico* imputable a la administración, entendido éste, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina española, como "el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar".

Siguiendo este raciocinio, la Corte clarifica que el principio de responsabilidad, centrado sobre el perjuicio, no implica sin embargo que ésta sea exclusivamente objetiva porque la definición del fundamento de la responsabilidad es tanto objetivo como subjetivo, según los regímenes establecidos por la ley.

Sobre estas bases, concluye la Corte, la responsabilidad contractual puede tener un fundamento sobre la base de la culpa[27] (art. 50 Ley 80) o un funda-

---

24 Art. 50 Ley 80 de 1993: "*De la responsabilidad de las entidades estatales*. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista".

25 "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

26 CCC, 1.º de agosto de 1996, Emilse Margarita Palencia Cruz, demanda de inconstitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, Sentencia C-333-96, referencia D-1111.

27 Falla del servicio en términos del derecho administrativo.

mento objetivo, como "el derecho del contratista al equilibrio de la ecuación económica del contrato (ord. 1.º art. 5.º) y el deber de las entidades públicas no sólo de mantener y restablecer tal equilibrio (ords. 8.º y 9.ºart. 4.º) sino también de actuar de tal modo que por su causa "no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista".

La Corte concluye así que "el estatuto contractual incorpora como deberes de las entidades y derechos de los contratistas gran parte de los fundamentos clásicos de la responsabilidad contractual del Estado".

156. *Principio de la ecuación contractual.* El artículo 27 de la ley enuncia el principio de la *ecuación contractual*, según la noción francesa de De Soto sobre el equilibrio financiero del contrato, que analizamos con anterioridad[28]. La conservación de las condiciones inicialmente establecidas por las partes constituye, en consecuencia, el principio de la responsabilidad derivado de esta noción[29]. La dificultad aparece sin embargo cuando se analizan otros artículos de la Ley, incompatibles con esta concepción.

157. *El incumplimiento de las obligaciones contractuales rompe la ecuación contractual.* En primer lugar, encontramos el numeral 1 del artículo 5.º sobre los derechos de los contratistas, según el cual, "si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato", lo que sería contrario al principio establecido por el artículo 50 sobre la indemnización integral por las "actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables"[30]. En efecto, los perjuicios derivados del incumplimiento de la administración no tienen necesariamente relación con las condiciones iniciales del contrato, y reducir la indemnización integral a la ecuación económica inicial implicaría dejar de pagar la cascada de perjuicios derivados directamente del incumplimiento, tales como la pérdida de oportunidades o la indisponibilidad de los equipos o el personal destinados a la ejecución del contrato, consecuencia del pago tardío o del retraso en el programa de ejecución del contrato.

158. *Restricción del reequilibrio de la ecuación contractual.* En segundo lugar, la conservación del equilibrio inicial sería también contraria al derecho de los con-

---

28 Supra, n.º 147.

29 Art. 27: "*De la ecuación contractual*. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".

30 En este sentido, Myriam Guerrero. "Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 237.

tratistas "a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas" (num. 1 art. 5.º), lo que puede ser superior o inferior a la ecuación financiera incial, según el caso.

159. *Restricciones a las prerrogativas de poder público.* En tercer lugar, el numeral 8 del artículo 4.º establece como obligación de la administración tomar "las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las *condiciones técnicas* [...] existentes al momento de proponer, en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar, en los casos de contratación directa" (cursiva fuera de texto). En virtud de esta obligación, la entidad contratante no podría ejercer el privilegio de la modificación unilateral reconocido por el artículo 14 y el contrato estatal estaría sujeto a la intangibilidad de las prestaciones del contrato privado.

160. *Garantía de beneficios.* En cuarto lugar, el artículo 3.º, sobre las finalidades de la actividad contractual, garantiza a los contratantes el derecho a obtener beneficios a través de la actividad contractual, lo que no sólo es contrario al numeral 1 del artículo 5.º sobre el restablecimiento *al punto de no pérdida*, sino de manera general a la noción misma de la ecuación contractual inicial, por cuanto ésta puede alterarse en perjuicio de la administración contratante, caso en el cual la indemnización deberá ser a su favor y no a favor del contratista.

161. *Falta de rigor de los textos.* Sin lugar a dudas, el rigor jurídico del legislador no es irreprochable y el trabajo del intérprete es complejo. La jurisprudencia ha deducido del análisis de los textos un principio según el cual la administración contratante es responsable de todos los perjuicios soportados por el contratista, derivados de cualquier modificación de las condiciones de ejecución del contrato que no sean la consecuencia de una culpa del contratista[31]. Sin embargo, no es claro cómo esta responsabilidad extendida de la administración puede encontrar su fundamento en la Ley 80. Por lo tanto, es a partir de los textos que podremos determinar el tratamiento que el legislador dio al principio de la ecuación contractual.

B. PRINCIPIO GENERAL DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL

La interpretación del derecho positivo (1) nos permitirá determinar el tratamiento de *los riesgos contractuales* (2) que constituyen la base jurídica de la ecuación contractual.

---

31 Analizaremos estas decisiones en el capítulo "Aplicación jurisprudencial de la ecuación contractual", infra, n.os 558 y ss.

1. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO POSITIVO

162. *Régimen positivo.* El régimen contractual de la administración pública es objeto de reglamentación legal, a diferencia del régimen francés, ampliamente jurisprudencial. Por lo tanto, pese a la importancia de la jurisprudencia, es en la Ley 80 donde debe buscarse el fundamento de la responsabilidad contractual sin culpa o falla del servicio. Resulta esencial realizar un estudio sistemático de sus artículos sobre la materia, según el espíritu general de la ley.

163. Los artículos 3.º y 27 establecen el principio de la ecuación de las prestaciones contractuales según una concepción más igualitaria del contrato estatal, con relación al contrato administrativo clásico.

> Artículo 3.º *De los fines de la contratación estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.
>
> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.
>
> Artículo 27. *De la ecuación contractual*. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.
>
> Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

164. *Intereses divergentes y colaboración recíproca.* El artículo 3.º enuncia, como lo explica el Consejo de Estado, que los intereses principales de cada una de las partes del contrato estatal no son equivalentes. Pero la tendencia a la aproximación de las partes así como su colaboración recíproca obligan al mismo tiempo a que cada una tenga en cuenta el interés de la otra. Así, la administración debe

garantizar los intereses del contratista y éste ha de tener en cuenta su condición de colaborador de la administración[32].

165. *Equivalencia aritmética de condiciones contractuales.* El artículo 3.º no determina los derechos de las partes en caso de variación de las condiciones contractuales, como sí lo hace el artículo 27. Sin embargo, éste último no consagra una ayuda especial al contratista, originada en el espíritu de solidaridad de la administración para con él por los sacrificios especiales que debe asumir en la ejecución del contrato, como vimos que ocurre en el derecho francés, sino la conservación aritmética de las condiciones contractuales iniciales que pueden variar no sólamente contra los intereses del contratista, sino también contra los de la la entidad contratante.

Varios argumentos apoyan esta idea:

– Primero, el artículo 28 sobre la interpretación de las reglas contractuales establece como base "la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos", lo cual complementa la regla del artículo 27 que obliga a "las" partes a restablecer el equilibrio no solamente cuando éste se modifica contra el contratista, sino también cuando es la administración quien resulta perjudicada. Esta particularidad constituye una diferencia de fondo con el régimen francés que, dada su lógica de solidaridad para con el contratista, no admite la posibilidad de alteración del equilibrio contra la administración. En otras palabras, la entidad contratante nunca puede, en el derecho francés, beneficiarse del principio de la ecuación financiera del contrato. Por el contrario, el fundamento de responsabilidad del artículo 27 de la Ley 80 no es la equidad frente a los intereses disímiles de las partes, propio del contrato administrativo clásico, sino la equidad frente a la transacción económica que se concreta en el contrato conmutativo.

– Segundo, la Ley 80 estableció el principio de la intangibilidad del precio del contrato a favor de las *dos partes*, y no sólo a favor del contratista, como ocurre en el contrato administrativo francés. La doctrina resalta la originalidad del contrato estatal en el derecho del contratista a la intangibilidad de su remuneración[33], consagrada de manera positiva por el numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80 que establece el derecho del contratista "a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato". Sin embargo es indispensable recordar que la misma ley consagró igual derecho a la entidad contratante, quien puede lograr "la actualización o la revisión de los precios

---

32 Ver la noción del contrato estatal ligada a su doble finalidad en el "Capítulo preliminar", supra, n.os 51 y ss.

33 Escobar Gil. *Teoría general de los contratos*, cit., p. 400

cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato" (num. 3 art. 4.º y art. 27).

– Tercero, la conservación del equilibrio inicial de los derechos y obligaciones no aporta una solución directa a los problemas de los riesgos contractuales. En efecto, ella puede explicar las compensaciones económicas, consecuencia de las modificaciones del contrato, o de algunas variaciones de precios de los bienes o servicios objeto de éste, porque en uno y otro caso es la conmutatividad inicial del contrato la que se ve afectada, pero sobre las mismas bases iniciales. El caso típico es el aumento en las cantidades de obra o servicios en un contrato a precios unitarios. Pero en la mayoría de los hechos imprevistos el problema no es la modificación de la reciprocidad de las prestaciones originales sino la aparición de eventos nuevos que, por ser justamente inesperados, imprevistos, varían las prestaciones originales.

166. El problema es saber quién debe soportar las consecuencias económicas de esas *sorpresas.* En el fondo, se trata de establecer cuál de las partes debe soportar el riesgo contractual, y en la solución de este problema ni las condiciones iniciales del contrato ni la teoría del equilibrio financiero, tal como la concibe el artículo 27 de la Ley 80, pueden brindar una respuesta. Por lo tanto, es necesario acudir a los principios generales del contrato, obedeciendo a la remisión hecha por los artículos 13 y 28 de la ley sobre el régimen jurídico aplicable y sobre la interpretación de los contratos.

2. LOS RIESGOS CONTRACTUALES

167. *Inadaptación de la ecuación contractual.* ¿Quién debe soportar los sobrecostos consecuencia de una huelga que impone la suspensión de la ejecución del contrato y que no tienen ninguna relación con las *prestaciones iniciales*? ¿O los sobrecostos por las dificultades técnicas imprevistas que imponen la realización de tareas no previstas originalmente? ¿O el pago de nuevos impuestos que se suman a los factores que determinaron el *precio inicial*? ¿O los sobrecostos por las inundaciones que dañan la maquinaria del contratista, o bien la de la administración puesta a su servicio para la ejecución del contrato? ¿O aquellos derivados de una inflación extraordinaria y sorpresiva? ¿O de una nueva ley que impone medidas complementarias de protección del medio ambiente?

So pena de forzar la lógica de la noción de la ecuación contractual inicial, esta noción no puede brindar una explicación satisfactoria. Si las partes han definido las prestaciones que cada una debe cumplir, y con ello han concretado determinada relación de equivalencia entre ellas, ¿cómo puede esta relación establecer cuál de las partes debe pagar o soportar el costo del evento nuevo que justamente no estaba previsto?

168. *Reenvío a la teoría de los riesgos contractuales del derecho privado.* En derecho privado cuando una obligación contractual no puede ser cumplida por la aparición de un obstáculo constitutivo de fuerza mayor la obligación se extingue. El deudor se libera por la imposibilidad de ejecución. Esta situación relativamente simple en los contratos unilaterales, en los que sólo una parte se obliga, es más compleja en los contratos sinalagmáticos, en los que las dos partes tienen obligaciones recíprocas o, en otros términos, las dos partes son deudoras y acreedoras entre sí, aunque, naturalmente, de prestaciones diferentes. En efecto, el problema es determinar si cuando una parte no puede ejecutar su prestación por la aparición de un evento de fuerza mayor la otra parte contratante permanece ligada por su obligación y debe cumplirla, pese a no obtener una retribución, o si, por el contrario, se ve igualmente liberada a su turno por cuanto no ha obtenido la contraprestación que esperaba.

Este problema no es otro que el de los *riesgos contractuales*[34], que consiste en determinar cuál de las partes debe soportar económicamente las consecuencias perjudiciales de la imposibilidad de ejecución del contrato.

Será el *deudor* de la prestación que se tornó imposible de ejecutar, si se decide que él no puede forzar la ejecución de la obligación de la otra parte (*res perit debitori*). Así, en el caso de un inmueble dado en arrendamiento que se destruye como consecuencia de un caso de fuerza mayor, el arrendador se libera de su obligación de asegurar el goce del bien a su arrendatario, puesto que su prestación se tornó imposible de cumplir. Sin embargo, la misma fuerza mayor (destrucción del inmueble) libera también al arrendatario de su obligación de pagar las mensualidades restantes hasta la terminación del contrato.

Por el contrario, el riesgo será para el *acreedor* de la prestación que se tornó imposible, si se decide obligarla a ejecutar su prestación aunque no reciba nada a cambio (*res perit creditori*). En nuestro caso, el arrendatario sería obligado a pagar las mensualidades restantes convenidas aunque estuviese en la imposibilidad de gozar de la tenencia del inmueble arrendado.

Pese a que el Código Civil francés no lo establece expresamente, la doctrina es unánime al afirmar que el mismo adoptó la regla general de la primera solución (*res perit debitori*) que se inspira en la noción clásica de la causa: si las obliga-

---

34 Terre, Simler y Lequette. *Droit civil*, cit., p. 527.

35 En esta concepción de la causa contractual, la causa de la obligación de un contratante es el cumplimiento de la obligación de su co-contratante y viceversa. Así, en nuestro ejemplo, la obligación del arrendador (garantizar el goce del bien arrendado) tiene por causa la obligación del arrendatario (el pago del arriendo), y la causa de la obligación de éste es poder disfrutar del bien arrendado (obligación del arrendatario).

ciones de las partes en el contrato sinalagmático se fundamentan en la reciprocidad de sus causas[35], cuando una desaparece por imposibilidad fortuita de ejecución la otra se extingue igualmente, por falta de causa[36].

Entre nosotros, es frecuente afirmar el principio general según el cual "las cosas se pierden para su dueño (*res perit domino*), y en el caso de los contratos de obra o concesión, para la entidad pública como dueña de la obra, lo que significa que deberá reconocer los perjuicios que produce la ocurrencia del caso fortuito y la fuerza mayor y la terminación subsiguiente del contrato, salvo que las partes hayan convenido lo contrario[37]. Sin embargo, el análisis del derecho positivo parece indicar que esta atribución del riesgo a la administración contratante es demasiado general e imprecisa. Nuestro código civil, como el francés, no consagra explícitamente una regla general sobre el riesgo contractual. El principio debe entonces deducirse de varias disposiciones particulares.

El artículo 1607 establece el principio de *res perit creditoris* frente a la pérdida del cuerpo cierto que se debe, esto es, que el riesgo lo soporta el acreerdor de la cosa que se pierde[38]. Siendo la compraventa el evento más representativo de los negocios jurídicos que comprenden esta modalidad de obligación, el artículo 1876 ratifica el mismo principio[39]. La explicación de esta solución podría tener origen en los jurisconsultos romanos, quienes argüían que el comprador, al beneficiarse de la eventual pusvalía del bien entre la venta y la entrega, debía soportar correlativamente el riesgo de su pérdida. En apoyo de esta tesis podemos resaltar que el comienzo del artículo 1876 deja a cargo del comprador también el alea positiva. Pero es posible también que el origen del establecimiento de este riesgo sea una errada adaptación del artículo 1138 del Código Civil francés que también establece el riesgo de la venta para el comprador. En efecto, el derecho francés, a diferencia del nuestro, no conservó la distinción del derecho romano entre título y modo en la transmisión de la propriedad. Por consiguiente, la venta transmite la propriedad al comprador, independien-

---

36 Terre, Simler y Lequette. *Droit civil*, cit., p. 528.

37 Dávila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., p. 510.

38 Código Civil, art. 1607. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.

39 Código Civil, art. 1876: La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.

temente de la tradición del bien[40]. La excepción a la regla del *res perit debitoris* en el caso de la venta, no sería en realidad sino aparente, por cuanto el comprador no soporta el riesgo de la pérdida de la cosa por su calidad de acreedor de ella, sino de propietario, en virtud del otro gran principio de la teoría de los riesgos, esto es, el *res perit domino*[41]. Pero esta explicación no es válida en nuestro régimen jurídico en el que la venta no transmite la propiedad, transmisión que exige el complemento de la tradición, lo que significa que el vendedor sigue siendo propietario de la cosa vendida hasta la tradición o entrega de ésta. Por ello, la regla *res perit domino* se opone a la solución de los artículos 1607 y 1876 de nuestro Código Civil.

Con todo, el Código de Comercio no siguió la línea civil en este punto y conservó la regla general del *res perit debitoris*, al consagrar que en la compraventa la cosa se pierde para el vendedor[42]. Y en la medida en que las normas comerciales se aplican primordialmente a los contratos estatales, según lo prevé el artículo 13 de la Ley 80, será esta regla general la aplicable y no la del Código Civil. De igual manera, habrá de aplicarse la regla del *res perit debitoris* a los aportes a una sociedad, como lo prevé el artículo 128[43] del Código de Comercio y no el artículo 2110[44] del Código Civil que establece el riesgo para la sociedad, en aplicación del principio *res perit creditoris*. Además, este artículo

---

40 Código Civil francés, art. 1138 "La obligación de librar la cosa se perfecciona con el sólo consentimiento de las partes contratantes.
Ella hace al acreador propietario y pone la cosa a su riesgo desde el instante mismo en que ella ha debido ser librada, aunque la tradición no se haya realizado, a menos que el deudor esté en mora de librarla, caso en el que la cosa queda a riesgo de este último".

41 F. Terré, Ph. Simler e Y. Lequette. *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 530.

42 Cco, art. 929: En la venta de un "cuerpo cierto", el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa.

43 Cco, art. 128: La conservación de las cosas objeto del aporte será de cargo del aportante hasta el momento en que se haga la entrega de las mismas a la sociedad; pero si hay mora de parte de ésta en su recibo, el riesgo de dichas cosas será de cargo de la sociedad desde el momento en que el aportante ofrezca entregarlas en legal forma.
La mora de la sociedad no exonerará, sin embargo, de responsabilidad al aportante por los daños que ocurran por culpa grave o dolo de éste.

44 CC, art. 2110: Si se aporta la propiedad, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad, según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirla en especie.
Si sólo se aporta el usufructo, la pérdida o deterioro de la cosa, no imputables a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que ha aportado sólo el usufructo de las cosas.
Si lo que se aportó consiste en cosas fungibles, en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas o cuyo precio se ha fijado de común acuerdo, en materiales de fábrica o artículos de venta pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta, con la obligación de restituir al socio su valor.

fue expresamente derogado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995 por la cual se modificó el Código de Comercio[45].

Por otra parte, el principio *res perit debitoris* se complementa con el principio *res perit dominus* en un tipo de contrato particularmente importante en la contratación estatal: el contrato de obra. En la materia, también en aplicación del artículo 13 de la Ley 80, y en cuanto en nada se opone a las particularidades de este contrato, paradigma del contrato administrativo, ha de aplicarse el capitulo VIII del título XXVI del Código Civil, que regula los contratos para la confección de una obra material, en particular los artículos 2053 y 2057, que definen el riesgo contractual dependiendo de cuál de las partes suministra la materia para la confección de la obra. Si es el artífice, el contrato es considerado como una venta y éste soporta el riesgo, que tan sólo se transfiere al que ordenó la obra a partir de su aprobación[46]. Por el contrario, si la materia es suministrada por quien encargó la obra, el contrato es de arrendamiento de obra y el riesgo no es soportado por el artífice sino por quien encargó la obra[47].

Este valor será el que tuvieron las mismas cosas al tiempo en que se aportaron; pero de las cosas que se hayan aportado apreciadas, se deberá la apreciación.

45 La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta derogatoria al encontrar infundado el reproche del actor sobre violación de unidad de materia legislativa: "el Congreso de la República al disponer el régimen de las sociedades comerciales para todas las compañías mercantiles y civiles, independientemente de su objeto, no quebrantó la unidad de materia dentro de la ley, sino que por el contrario, al integrar las reglas aplicables a órganos, estructura, funcionamiento, reformas, disolución y liquidación de sociedades en uno solo, cumplió a cabalidad con el mandato constitucional que le ordenaba que todas las disposiciones de la ley dictada debían referirse a una misma materia (art. 158 C.P.)." (Sentencia del 26 de septiembre de 1996, C-485/96, Luis Franco Murgueitio e Ignacio Sanin Bernal, demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la ley 222 de 1995).

46 CC, art. 2053: Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.
Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.
Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.
El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen.

47 CC, art; 2057: La pérdida de la materia recae sobre su dueño.
Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.
Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:
1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada.
2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra.
3. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquéllos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno.

Salvo en la administración delegada u otros contratos con modalidades especiales, en la mayoría de contratos de obra el contratista suministra la materia de ésta. Por consiguiente, en principio correrá con el riesgo de la obra y no la administración quien no es propietaria sino desde la aprobación de la obra. Con mayor razón el principio ha de aplicarse en el contrato de concesión, por cuanto el numeral 4.º del artículo 32 de la Ley 80 que lo define establece que su ejecución se realiza "por cuenta y riesgo del concesionario".

En estas condiciones, resulta difícil afirmar que nuestro derecho positivo establece de manera general que la administración contratante soporta el riesgo del contrato. Para determinar el riesgo, tanto en el caso del contrato de obra como de todos los demás, será necesario estudiar concretamente el tipo contractual y las modalidades de las obligaciones acordadas por las partes.

169. *La revisión del contrato comercial.* La teoría de los riesgos no se aplica sin embargo sino a los casos de imposibilidad total o parcial de ejecución del contrato. Si las prestaciones no se tornan *imposibles* sino *más* dificiles, el carácter implacable del principio *pacta sunt servanda* impone el cumplimiento del contrato según los términos originales, sin tener en cuenta los sobrecostos de las prestaciones para una de las partes. Esta regla drástica, que se impone aún hoy en derecho privado francés, salvo raras excepciones[48], fue modificada por nuestro Código de Comercio el cual consagró el principio del derecho canónico *rebus sic stantibus* que permite revisar los términos del contrato cuando las condiciones iniciales varían sin la intervención de las partes.

> Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato…

170. *Aplicación de la teoría de los riesgos.* Treinta años después de la entrada en vigor del Código de Comercio, la Corte Suprema de Justicia no ha tenido ocasión de precisar la aplicación de esta norma, pero no creemos que se pueda hacer un paralelo con la aplicación de la teoría de la imprevisión del contrato administrativo clásico, dadas las particularidades de ésta última[49]. Por el con-

---

48 Ibíd., pp. 369 y ss.

49 En sentido contrario Escobar Gil. *Teoría general*, cit., p. 554, y cec, Sección Tercera, 15 de febrero 1999, Jorge Paulino León Escobar, t. 390, fls. 93 a 134.

trario, ella puede ser un complemento fundamental de la noción de conservación de la ecuación inicial de las prestaciones. En efecto, si el legislador ordena al juez analizar las condiciones para resolver cada caso particular según la equidad, éste debe tener en cuenta el tipo de contrato, las cláusulas sobre responsabilidad y, en particular, la teoría de los riesgos. El problema de atribuir las consecuencias financieras de las nuevas condiciones de ejecución del contrato a una u otra de las partes, o de distribuir entre ellas el riesgo del contrato, no puede tener una solución de principio.

C. LAS CONTRADICCIONES

171. *Explicación en el proyecto de ley.* El proyecto gubernamental exponía las causas de la modificación de la ecuación contractual clasificándolas en dos grupos. En el primero se encontrarían *las causas imputables a las entidades públicas* (1); en el segundo, *los hechos imprevistos y externos a las partes* (2)[50].

1. CAUSAS IMPUTABLES A LA ADMINISTRACIÓN

172. *Una imputación demasiado general.* La exposición de motivos del proyecto de ley expone las causas imputables al Estado (entidades públicas) de una manera en extremo general. Por una parte, no distingue los comportamientos antijurídicos o culposos de los actos lícitos de la administración, y por otra, la imputación al Estado puede designar indistintamente a la entidad contratante o a cualquier otro organismo público. En cualquiera de estos casos las consecuencias son las mismas, a saber, el restablecimiento de la ecuación inicial. Sin embargo, sabemos que ello no responde a la pregunta sobre la indemnización concreta.

Al interior de esta amplia noción, el proyecto de ley exponía tres posibles tipos de eventos: *el incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante* (a), el ejercicio de *prerrogativas de poder público* (b) y *el hecho del príncipe* (c).

a. INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

173. *Inclusión de la culpa contractual.* Esta primera posibilidad de ruptura de la ecuación contractual, prevista por el numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80, plantea el problema de la amplitud de la imputación del daño a la entidad contratante. En efecto, contrariamente a la noción francesa del hecho del príncipe, la Ley 80 incluye como hecho generador de perjuicio reparable no sólo los

---

50 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 118.

actos lícitos de la administración sino también los ilícitos, como el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la entidad contratante.

En la teoría del contrato administrativo este caso no constituye un evento de alteración del equilibrio financiero del contrato que, como vimos, parte siempre de la base de la ausencia de culpa, sino de un caso de responsabilidad contractual por culpa. No se trata entonces de una responsabilidad especial, regida por los principios del derecho administrativo, sino de la regla general de responsabilidad contractual privada o administrativa.

174. *Reequilibrio artificial.* Por consiguiente, hacer referencia a la ecuación contractual, como lo hace el numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80, es artificial y confuso[51]. Este numeral impone el restablecimiento del equilibrio inicial del contrato, lo que no es posible en el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales. En efecto, no se trata de *pagar* un complemento del precio, para compensar las modificaciones de las prestaciones iniciales o reconocer una ayuda al contratante para permitirle soportar las pérdidas generadas por los eventos nuevos, sino de *indemnizar plenamente* al contratista por todos los perjuicios que ha sufrido, fruto del incumplimiento de la administración, tal como lo establece, además, el artículo 50 de la misma ley en el principio de responsabilidad.

b. PRERROGATIVAS CONTRACTUALES DE PODER PÚBLICO

175. La segunda posibilidad de modificación de la ecuación contractual imputable a la administración contratante es el ejercicio lícito de las prerrogativas de poder público. Si los perjuicios causados al contratista son la consecuencia del ejercicio de las competencias contractuales excepcionales de las que dispone la entidad contratante (interpretación, modificación y términación unilateral), el artículo 14 de la ley prevé que "deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial". Sin embargo, nos encontramos aquí con el problema ya señalado de determinar la manera de restablecer el equilibrio inicial.

176. *Modificación unilateral del contrato.* En la modificación unilateral, el caso más simple es el pago del aumento de las prestaciones en los contratos a precios unitarios, por cuanto el mismo contrato brinda los parámetros para

---

51 M. Guerrero. "Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 237.

hacerlo. En realidad, como lo ha afirmado en repetidas ocasiones la jurisprudencia, en estos eventos no estamos frente a una verdadera modificación del contrato[52]. El precio del contrato no está definido desde el comienzo. Tan solo lo están los precios unitarios de tal suerte que hay que esperar el final de la ejecución para poder calcular el número de unidades efectivamente ejecutadas y determinar el valor final del contrato, sin que la modificación de las cantidades iniciales pueda ser considerada como modificación del objeto contractual.

En este evento, las condiciones iniciales del contrato permiten conservar la ecuación definida pese a la ampliación de las prestaciones del contratista.

Por el contrario, si la modificación consiste en nuevas prestaciones no previstas en la licitación, o en los términos de referencia, la administración tendrá el poder de fijar unilateralmente su valor, si no llega a un acuerdo con el contratista, restableciendo así la ecuación contractual sobre bases por completo ajenas a las condiciones inciales. El cálculo de la indemnización a que tiene derecho el contratista no encontrará fundamento en la ecuación inicial sino en factores ajenos a los términos contractuales, tales como las condiciones del mercado, que serán definidos en última instancia por la entidad contratante de manera unilateral.

Además, el cálculo del *reequilibrio del contrato* en el caso de las reducciones de trabajos o servicios es aún más delicado por cuanto los precios unitarios son calculados por los contratistas sobre la base de un volumen dado de trabajos o servicios, de tal suerte que su reducción no necesariamente reduce los costos administrativos fijos, desvirtuando así el valor real de los precios unitarios nuevos. Una vez más, la adaptación del contrato y de los precios unitarios (como ordena el artículo 4.º de la Ley 80) no podrá hacerse sobre la base de la ecuación inicial que se tornó así irreal.

Consciente de esta realidad, la Ley 80 previó que "Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo". Con todo, no es simple determinar cómo se establece el equilibrio inicial en estos eventos, problema presente también en otros casos de terminación unilateral del contrato.

---

52 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre 1995, Samuel Reales Ortíz, t. 287, fls. 116 a 158; 11 de octubre 1990, Antonio Chedraui Chaparro, t. 122, fls. 404 a 416; 3 de agosto de 1990, Arinco Ltda., t. 119, fls. 147 a 160; 11 de febrero de 1988, C. y C. Ltda., t. 83, fls. 320 a 349 y 6 de agosto de 1987, Conic Ltda., t. 77, fls. 29 a 64.

177. *Terminación unilateral.* Según los términos del artículo 14, la terminación unilateral también otorga derecho al restablecimiento de la ecuación contractual inicial. Es en este evento en el que se puede apreciar con mayor claridad el carácter artificial de la teoría de la ecuación contractual como fundamento de la responsabilidad de la entidad contratante. La terminación del contrato hace, en efecto, imposible el restablecimiento de las condiciones iniciales o de la equivalencia recíproca de las prestaciones, precisamente porque la ejecución de éstas cesa de manera definitiva[53]. La teoría general del contrato administrativo ofrece una solución *equitativa* en la lógica de este género de contratos: la terminación unilateral tiene por origen un motivo de interés general y por ello resulta *equitativo* imputar a la administración contratante todo el perjuicio que soporta el contratista. Aquélla debe pagar a éste una indemnización, no sobre la base de la ecuación inicial del contrato sino del sacrificio del interés particular en aras del interés general. Este fundamento de la responsabilidad ofrece un origen lógico de la indemnización integral.

178. Por el contrario, la ecuación contractual del artículo 27 de la Ley 80 determina otro fundamento de la *equidad contractual* anclado en la mayor igualdad de las partes. Sin duda, la entidad contratante deberá pagar todas las prestaciones ejecutadas por el contratista privado al momento de terminar el contrato. El carácter conmutativo del contrato estatal (art. 28 Ley 80) impone esta solución. Pero los otros perjuicios derivados de la terminación unilateral no deberían ser *sistemáticamente* imputados a la entidad contratante, en la lógica del artículo, de tal suerte que hay que recurrir a la teoría del *riesgo contractual* en los términos que vimos con anterioridad[54].

c. El hecho del príncipe

179. *Una noción difícil.* La tercera causa de modificación de la ecuación contractual es el hecho del príncipe, noción difícil de identificar y definir. El proyecto de la Ley 80 concebía el hecho del príncipe de una manera amplia. La noción comprendía no sólo los actos de la administración contratante sino también toda "decisión administrativa que ocasione una verdadera *alteración o trastorno en el contenido del contrato*, *o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial*, *determinante*, *en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante*" (cursiva original)[55].

---

53 Guerrero. "Compensaciones", cit., p. 251.

54 Supra, n.os 167 y ss.

55 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80, en Betancur Cuartas. Ob. cit., p. 118.

180. Esta definición condensa todas las dificultades e imprecisiones de la noción del hecho del príncipe[56]. Infortunadamente ella no dio lugar a discusiones en las sesiones de comisión ni de las plenarias, y las ponencias para los debates de unas y otras se limitan a repetir la noción del proyecto de ley presentado por el Gobierno. Sin embargo, el texto de la ley hace una distinción entre los actos imputables a la entidad contratante y aquellos proferidos por otras entidades públicas.

181. *El hecho del príncipe stricto sensu.* El numeral 9 del artículo 4.º establece un deber general de las entidades contratantes de evitar que "sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse".

Este artículo regula el hecho del príncipe *stricto sensu*, según la terminología francesa[57], porque establece implícitamente una responsabilidad de la entidad contratante por todos los actos que profiere, bien sean generales o particulares, y que conllevan cualquier modificación de las condiciones de ejecución del contrato tornándolo más oneroso para el contratista. En efecto, según los términos del artículo, las *causas que afectan el contrato* no son objeto de una calificación, lo que nos permite concluir que puede tratarse de toda suerte de actos así como de situaciones de hecho, siempre y cuando provengan de la entidad estatal contratante.

Pero la determinación del grado de responsabilidad se torna más difícil. ¿Cómo calcular el perjuicio indemnizable? Como el artículo no establece una regla particular, habremos de aplicar la regla general del artículo 27 y del nu-

---

56 En efecto, el proyecto de ley, citando a Miguel Marienhoff ("Contratos administrativos, teoría general", en *Tratado de derecho administrativo,* t. IIIA, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 482), expone una de las variantes del hecho del príncipe admitida por la doctrina argentina, siguiendo a la jurisprudencia francesa, a saber, los actos generales que cumplen con ciertos requisitos particulares. Así, sólo es considerado como hecho del príncipe el acto general, expedido fuera de las facultades exorbitantes contractuales, que genera un perjuicio especial tanto por su magnitud como por su carácter inesperado o, alternativamente, cuando la alteración de las condiciones de ejecución del contrato compromete un aspecto esencial del mismo, es decir que compromete las condiciones fundamentales que interesaron al contratista en el negocio jurídico que suscribió con la administración. La especificidad de esta variante del hecho del príncipe obedece a su carácter completamente excepcional frente al principio ampliamente afirmado por el derecho administrativo, según el cual los actos generales no dan derecho a indemnización por cuanto están destinados a un número indeterminado de sujetos de derecho. Lo contrario iría contra el principio constitucional de la igualdad. Por ello, en el fondo, se trata de una responsabilidad extracontractual por ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, con las particularidades de este tipo de responsabilidad administrativa.

57 Infra, n.º 538.

meral 8 del artículo 4.º, esto es, el restablecimiento de la ecuación original, con todas las incertidumbres que ello conlleva, según lo hemos visto.

182. *Hecho del príncipe lato sensu.* El derecho francés distingue el hecho del príncipe *strictu sensu* del *latu sensu*, esto es, los actos de cualquier entidad pública, incluidas las leyes, que pueden afectar las condiciones de ejecución del contrato[58]. La razón de esta distinción estriba en que el hecho del príncipe así concebido es en extremo general y sus consecuencias son heterogéneas. Los actos de las entidades públicas distintas de la entidad contratante tan solo excepcionalmente generan derecho a la indemnización del contratista. Más aún, cuando esto ocurre el fundamento jurídico de la indemnización y su monto son también heterogéneos. Así, en algunos casos se trata de un daño especial soportado por el contratista que le da derecho a una indemnización integral. En otros, la jurisprudencia considera el hecho como un evento de imprevisión, con la indemnización parcial que ello conlleva, y en otros, en fin, encuentra el fundamento en la responsabilidad extracontractual, en la que la indemnización, sujeta a condiciones propias de este régimen de responsabilidad, es pagada no por la entidad contratante sino por la entidad autora del acto[59].

La Ley 80 consagra el hecho del príncipe *latu sensu* en el numeral 1 del artículo 5.º que prescribe el derecho del contratista, "previa solicitud, a que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas". Contrariamente a las situaciones precedentes, la ley establece un principio de solidaridad de la entidad contratante para con su contratista porque, pese a que la situación generadora del perjuicio no le sea imputable, ella debe indemnizarlo. Sin embargo, la indemnización a que éste tiene derecho no es integral puesto que tan solo incluye las pérdidas (daño emergente), sin que le sea acordada suma alguna por lo que aspiraba a ganar (lucro cesante)[60].

El hecho del príncipe *lato sensu* tiene en la Ley 80, por consiguiente, un tratamiento de imprevisión.

---

58 Infra, n.º 537.

59 *Traité*, t. II, pp. 515 y ss.

60 Veremos en el capítulo "Aplicación jurisprudencial de la ecuación contractual", infra n.os 559 y 568, que el Consejo de Estado interpreta de manera diferente estos artículos.

2. HECHOS IMPREVISTOS EXTRAÑOS A LAS PARTES

183. *¿Distanciamiento de la tradición francesa?* De conformidad con la intención del legislador de establecer las relaciones contractuales sobre una noción más igualitaria de las partes, y de acuerdo al fundamento de la responsabilidad sin culpa en la ecuación contractual inicial, debería concluirse que la ley 80 se aleja sustancialmente de las teorías francesas sobre las sujeciones imprevistas y la imprevisión.

En efecto, el Consejo de Estado francés desarrolló un sistema de responsabilidad dividido en las distintas teorías de responsabilidad (hecho del príncipe, imprevisión, sujeciones imprevistas) que brindan un tratamiento específico según las circunstancias y la concreción del *equilibrio equitativo* inherente a cada contrato. Equilibrio entre el interés general y el interés lícito de obtención de provecho por parte del contratista; equilibrio entre el principio de imputación del hecho generador de perjuicio, esencial en todo sistema de responsabilidad, y la solidaridad para con el contratista, colaborador de la administración.

Por el contrario, el artículo 27 de la Ley 80 enuncia como principio fundamental de la responsabilidad la conservación de la ecuación inicial, entendida como el conjunto de derechos y deberes de las partes, definido en el momento de celebración del contrato. Por consiguiente, las partes y el juez deberían estar obligados a restablecer esta equivalencia cuando los eventos nuevos vienen a romperla. No hay, en consecuencia, una *ayuda especial* de la entidad contratante para con su contratista, como en el derecho francés, sino un *derecho*, que tienen no una sino *las dos partes* (contratista y entidad contratante), a la conservación de la ecuación definida por las condiciones iniciales.

184. *Tratamiento especial de la Ley 80: indemnización de las pérdidas.* Pese a este principio general definido por el artículo 27 de la ley, el numeral 1 del artículo 5.º consagra un tratamiento especial para los hechos nuevos que afectan las condiciones de ejecución del contrato y que no son imputables a las partes.

Este numeral, transcrito poco antes, cuando nos ocupábamos del hecho del príncipe *latu sensu*, no es sólo aplicable a estas situaciones sino también a todo hecho imprevisto no imputable a las partes y que modifica la ecuación contractual inicial.

En estos términos, se podría considerar que en las sujeciones imprevistas, así como en la imprevisión, el legislador conservó el espíritu de solidaridad de la jurisdicción francesa. Por consiguiente, el desequilibrio contra el contratante no debe solucionarse según las reglas de la ecuación contractual, y en la práctica según el principio del riesgo contractual que vimos antes, sino a través

del reconocimiento de una indemnización al contratista que compense todas las pérdidas que tuvo que soportar o que deberá soportar de manera cierta.

Sin embargo, como este tipo de hechos no son imputables a la administración contratante, el contratista no puede pretender una indemnización integral de su perjuicio, que compensaría no sólo sus pérdidas sino también lo que aspiraba a ganar[61].

185. La modificación de la noción de ecuación contractual introducida por la Ley 80 conlleva una modificación paralela de la noción de responsabilidad sin culpa. Las relaciones de las partes contratantes, más igualitarias, cambian profundamente el vínculo de solidaridad de la administración contratante para con su contratista. Las modificaciones de las condiciones de ejecución del contrato son así consideradas a partir del intercambio de las prestaciones correspondientes. La *equidad*, en la base de esta responsabilidad, se inspira y fundamenta en la justicia conmutativa inherente a todo contrato sinalagmático, y existe con independencia del carácter público o privado de las partes contratantes.

Con todo, no se puede afirmar que este principio general enunciado por el artículo 27 tenga un desarrollo coherente en la ley.

186. La noción de equilibrio financiero del contrato administrativo francés emerge de las particularidades de este género de contrato. Ella ofrece una *compensación* al contratista sujeto a un régimen jurídico exorbitante. El equilibrio *equitativo* establecido por la jurisprudencia francesa parte de una relación jurídica desigual, en la que la administración tiene el deber de *proteger* a su colaborador. Por ello la conservación de este *equilibrio* es un derecho del contratista y nunca de la administración contratante.

La Ley 80 cambió fundamentalmete esta lógica a partir del momento en que estableció el derecho de *las* partes a la conservación de la relación conmutativa inicialmente acordada. De una *compensación* de la relación esencialmente desigual se pasó a la *conservación* efectiva de una relación sinalagmática. Pero el legislador no fue hasta el fondo de esta lógica y conservó ciertas manifestaciones de la solidaridad de la entidad contratante frente a su contratista, que se oponen al principio de la ecuación contractual enunciado por el artículo 27. La noción de la ecuación contractual es así bastante ambigua[62].

---

61 Guerrero. *Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato*, cit., p. 241.

62 Ver los análisis complementarios tanto de la concepción francesa como de la interpretación jurisprudencial en el capítulo "Aplicación jurisprudencial de la ecuación contractual", infra n.os 526 y ss.

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO PRIMERO

187. La lógica contractualista reforzada por la Ley 80 se inspira en dos valores del derecho privado: la autonomía de la voluntad y la mayor igualdad jurídica de las partes. Estas dos nociones aportan al contrato estatal las bases conceptuales para una relación jurídica más próxima al derecho privado.

Sin embargo, es necesario precisar la amplitud de estas nociones para deducir de ellas las consecuencias sobre el contrato estatal. Así, resulta fundamental recordar que la autonomía de la voluntad está profundamente enmarcada en el derecho privado contemporáneo y que este principio no se opone hoy, pese a sus diferencias, a la noción de competencia administrativa. El derecho positivo y la evolución jurisprudencial nos muestran, en efecto, una intención de reconocer mayor libertad a la administración contratante para que pueda cumplir mejor sus tareas y lograr las finalidades impuestas por la ley.

La concepción de una administración más *autónoma*, más libre, menos reglamentada, conlleva una modificación de sus relaciones con los contratistas. Al aproximarse a la *autonomía* de los empresarios privados, la administración ve restringido el tratamiento jurídico especial que se le había acordado en el contrato administrativo clásico. Pero los contratantes, a su turno, pierden ciertas protecciones particulares. Las relaciones más igualitarias conllevan un riesgo más grande para ellos. La noción particular de la *ecuación contractual* introducida por la Ley 80 es la consecuencia de esta transformación.

TÍTULO SEGUNDO
MANIFESTACIONES

188. *Una gestión más flexible y responsable.* Las transformaciones conceptuales abren nuevas perspectivas para la administración. Menos ligadas por los textos rígidos, ellas deben poder adaptar mejor el contrato a sus necesidades. Más centrado sobre la importancia del intercambio objetivo, el contrato debe ofrecer mayores posibilidades de adecuación a los intereses de las partes contratantes. Las entidades estatales vieron así ensanchada su *libertad* (cap. primero). Pero, de forma paralela, la mayor libertad trajo consigo mayor *responsabilidad* (cap. segundo).

CAPÍTULO PRIMERO

Libertad

189. *El antiguo estatuto asfixiaba la administración.* En la exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 el Gobierno resaltaba en particular cómo el antiguo estatuto contractual estaba fundado en la idea de desconfianza tanto frente a los contratistas como a los administradores públicos. Esta concepción produjo un régimen complejo y fuertemente limitativo de la libertad contractual, a través de una amplia reglamentación y de estrictos controles administrativos[1].

190. *La Ley 80 refuerza la libertad contractual.* El legislador de 1993 buscó la transformación profunda del sistema de competencias para dar mayor dinamismo a la actividad contractual, a través de la extensión de la *libertad de contratar* (I) y de la *libertad de determinar el contenido del contrato* (II). La Ley se apoya en la amplia aplicación del derecho privado en el contenido del contrato para ofrecer una escogencia más vasta a los administradores públicos en su determinación. De igual manera, aporta simplificaciones importantes en las formalidades contractuales, al punto que puede pensarse en cierto *consensualismo contractual* (III). En los tres casos, la jurisprudencia ha reforzado esta tendencia, aunque por vías distintas.

I. LIBERTAD DE CONTRATAR

191. *Peso de los controles bajo el antiguo estatuto.* Bajo el Decreto 222 de 1983 el Gobierno conservaba un fuerte control de tutela a través de las autorizaciones para contratar. El sistema preveía una gradación de controles según el monto de los contratos. El presidente podía delegar en los ministros la competencia para celebrar contratos de la Nación, pero sólo para contratos de menos de $50 millones. Esta competencia no podía ser delegada por los ministros (art. 249 antigo estatuto). Los directores de establecimientos públicos nacionales y los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado debían obtener el visto bueno de sus consejos de administración antes de celebrar los contratos. Los establecimientos públicos debían solicitar la autorización del ministro de tutela correspondiente, según el régimen de adscripción de cada caso, si el contrato era superior a $150 millones (art. 250, ibíd.). Todo contrato de la Nación de un monto superior a $50 millones debía recibir la autorización del Consejo de Ministros y del Consejo de Estado (art. 50, ibíd.). Estos últimos controles se imponían igualmente en los contratos de los establecimientos públicos cuando superaban los $250 millones (art. 252, ibíd.) y, aunque en principio las empresas industriales y comerciales nacionales no los requerían, sus contratos mayo-

1 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 107.

res de $400 millones debían recibir la aprobación del Consejo de Estado (art. 255).

Además, la devaluación del peso hizo rápidamente irrisorios estos montos, de suerte que el Presidente de la República debía firmar personalmente una gran cantidad de contratos y que el conjunto de controles de tutela administrativa se aplicaba a un porcentaje considerable de ellos. Un estudio de la Universidad de Los Andes demostró que en el sector de las telecomunicaciones el tiempo promedio entre la licitación y el comienzo de los trabajos respectivos era de tres años y medio e incluso cuatro, si el contrato estaba financiado con un empréstito externo[2]. Y el plan de desarrollo económico del Gobierno GAVIRIA resaltaba el caso frecuente de obras cuya ejecución exigía un año, mientras que los procedimientos administrativos de contratación duraban tres[3].

192. *Reconocimiento de cierta autonomía a las personas responsables del contrato.* La confianza en los funcionarios instaurada por la Ley 80 comienza por el reconocimiento de las responsabilidades de gestión pública atribuidas a las entidades estatales que representan. El dejar de tratar a las entidades públicas como menores bajo la tutela permanente del Gobierno impone la aceptación de cierta autonomía para que ellas puedan gerenciar mejor sus asuntos y, sobre todo, para que decidan lo que consideran más conveniente para el ejercicio de sus funciones.

Con este fin, se imponía redefinir *las reglas de competencia para determinar mejor las personas responsables del contrato* (A), y darles *amplias posibilidades de delegación y de desconcentración* (B).

A. IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA RESPONSABLE DEL CONTRATO

193. Hemos visto en el estudio del campo de aplicación de la Ley 80 que el legislador acordó la calificación de entidades estatales a instituciones públicas carentes de personalidad jurídica[4]. Además de la posibilidad de esta atribución, reconocida por la Corte Constitucional, las consecuencias sobre la sicología institucional son importantes. En efecto, la celebración de contratos por parte de las entidades sin personalidad jurídica estaba prevista desde hacía algún tiempo de manera implícita por las normas presupuestales a través de la identificación de los ordenadores del gasto. Sin embargo, la denominación de *en-*

---

2 *Administración del Estado*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1987, p. 128.

3 Presidencia de la República, Departamento Nacional de Planeación. *Plan de desarrollo económico y social. La revolución pacífica*, Bogotá 1991, p. 313.

4 Supra n.º 37.

tidades estatales contratantes establecida por la Ley 80 consolida una autonomía en la gestión de sus funciones contractuales.

Este clima de autonomía se refuerza por *la determinación de la competencia contractual* (1), que conlleva *la supresión de los controles de tutela administrativa* (2).

1. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA CONTRACTUAL

194. *Dirección concentrada de la gestión contractual.* El artículo 11 de la Ley establece claramente "la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales". Desde el primer inciso afirma que esta competencia está en cabeza del "jefe o representante de la entidad, según el caso". Se trata entonces de una confirmación de la atribución de competencia a organismos sin personalidad jurídica, puesto que la condición de *jefe* de la institución es suficiente para tener la competencia contractual.

Esta interpretación es ampliamente confirmada por el inciso 3.º del artículo que, para evitar toda duda sobre el principio, establece una lista detallada de los servidores públicos responsables de los contratos, en la que encontramos no solamente los responsables *clásicos* por delegación presidencial (ministros y directores de departamentos administrativos), sino también el conjunto de la administración nacional, comprendidos los superintendentes y los directores de las unidades administrativas especiales.

Además, la ley refuerza la noción de separación de los poderes públicos a través de la autonomía *administrativa* de las instituciones que no pertenecen a la rama ejecutiva, que tradicionalmente fueron representadas en lo contractual por el Gobierno Nacional. Así, las dos cámaras legislativas son representadas contractualmente por sus presidentes, y el poder judicial por el presidente del Consejo Superior de la Judicatura.

En fin, los organismos independientes ganan también una garantía de su autonomía por medio de la atribución de competencia contractual al Fiscal, al Procurador, al Contralor y al Director de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Este panorama a nivel nacional es reproducido a nivel regional, departamental y municipal con el fin de desconcentrar de manera general y definitiva la competencia contractual sin que sean necesarias delegaciones posteriores, como estaba previsto en el antiguo estatuto, con lo cual se suprime una forma de control de tutela de las administraciones centrales, quienes no podrán disponer de la delegación en la celebración de contratos de las entidades estatales.

195. *Refuerzo de la autonomía por la Corte Constitucional.* El sistema de atribución de competencias creado por la ley tuvo su plena confirmación cuando la Corte Constitucional se pronunció sobre su constitucionalidad. Una demanda

en acción pública se apoyó en el artículo 189 numeral 23 para afirmar que sólo el Presidente podía celebrar los contratos de la Nación y que por consiguiente toda delegación de esta competencia exigía una ley especial de autorización. Pero la Corte desestimó las pretensiones explicando que este artículo de la Carta no atribuye una competencia exclusiva del Presidente sino su competencia para concluir los contratos a él atribuidos según los términos de la Constitución y de *la ley*[5].

> Dicho en otros términos, la Constitución y la ley, por ejemplo la que ahora se ha demandado parcialmente, señalan unos contratos cuya celebración corresponde al Presidente de la República. Función que él puede delegar, con arreglo a las leyes que así lo dispongan, según el artículo 211 de la propia Constitución. Como también pueden hacerlo otras autoridades administrativas, en las condiciones fijadas por la ley, al decir de la parte final del inciso 1.º del mismo artículo. Delegación esta última que se ha concretado en el artículo 12 demandado[6].

196. *Clara determinación del responsable del contrato.* Las modificaciones de la competencia contractual permitieron identificar más claramente el responsable del contrato. La atribución de la competencia a los jefes de las entidades contratantes indica que ellos tienen la responsabilidad integral de la gestión contractual. Y con ello la ley brindaba una solución a una de las dificultades mayores del antiguo estatuto, expuesta tanto en el proyecto de ley[7] como en las discusiones parlamentarias[8]: la incertidumbre sobre la responsabilidad del contrato. La tutela excesiva tuvo los efectos perversos de lentitud de la decisión y, sobre todo, de atomización de la responsabilidad porque las múltiples instancias administrativas que intervenían en las decisiones acrecentaban las ocasiones de corrupción y diluían la responsabilidad.

El legislador quiso identificar completamente la persona responsable del contrato. Pese a que la ley estimula la participación de las dependencias técnicas y de planificación en la formación del contrato[9], es claro que el jefe de la

---

5 Art. 189 C. P.: "Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa: [...] 23. Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley".

6 CCC, 25 de agosto de 1994, Juan de Jesús Uribe Uribe, sentencia C-374-94, expediente D-513.

7 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 107.

8 Ponencia para el primer debate en las comisiones de Senado y Cámara, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p.149; ponencia para plenaria del Senado, ibíd., p. 161, y de Cámara, ibíd., p. 168.

9 Num. 9 art. 25 Ley 80 de 1993: "En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento".

entidad es la persona responsable de la gestión contractual, según lo dispone el numeral 5 del artículo 26 sobre el principio de responsabilidad: "La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma".

Por ello, los conceptos de las dependencias técnicas no atan a la persona responsable del contrato, quien conserva siempre la decisión final sobre la adjudicación. Asi, el Consejo de Estado consideró lícita la decisión de un alcalde quién adjudicó un contrato a un proponente que tenía menor puntaje que otros en la clasificación de propuestas dada por el comité evaluador, por cuanto el comité, e incluso el jefe de la oficina jurídica municipal, no habían tenido en cuenta que las propuestas más favorables debían haberse rechazado al no cumplir con las condiciones de la capacidad residual de contratación exigida en los pliegos. El Consejo de Estado dio razón al alcalde quien rechazó las conclusiones de sus colaboradores quienes consideraban que los contratos de los proponentes cuya ejecución se encontraba suspendida en el momento de la licitación debían excluirse del cálculo de sus respectivas capacidades contractuales residuales[10].

2. ELIMINACIÓN DE CONTROLES DE TUTELA ADMINISTRATIVA

197. *Supresión de las autorizaciones para contratar.* Esta concentración de la responsabilidad conlleva al mismo tiempo un principio de libertad del jefe de la entidad contratante. En efecto, él decide de manera autónoma la adjudicación y la firma del contrato porque ni la una ni la otra "se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto", como lo indican el numeral 8 del artículo 25 de la ley y el artículo 4.º del Decreto 2251 de 1993 reglamentario de la ley. Por consiguiente, los antiguos controles ejercidos por las juntas directivas, el Consejo de Ministros, el Consejo de Estado, el organismo de tutela administrativa y las asambleas de elección popular fueron completamente suprimidos.

198. *Supresión del control fiscal externo previo.* Otro control administrativo calificado como particularmente perturbador de la buena administración contractual era el control fiscal ejercido por la Contraloría General de la Nación y

---

10 CEC, Sección Tercera, 23 de mayo de 2003, Inesco Ltda, t. 529., fls. 1-31

las contralorías departamentales y municipales. Tachados tradicionalmente de ser organismos politizados, estas intituciones ejercieron enorme poder sobre la administración debido a su competencia sobre la autorización de gastos. Fueron así acusados de interferir en las decisiones administrativas y de haberse convertido en coadministradores.

La Constitución de 1991 decidió transformar el sistema de control fiscal para clarificar las responsabilidades sobre la gestión administrativa. El artículo 267 de la Carta estableció que el control fiscal ejercido por los organismos independientes (Contraloría General y contralorías departamentales y municipales) sería siempre posterior y selectivo. El constituyente determinó así que todo control fiscal debe ser realizado después del gasto público y que su control previo es una responsabilidad de cada entidad pública que debe organizar para este efecto su propio sistema de control interno[11]. La Corte Constitucional ha recordado que el Constituyente de 1991 quiso "distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado"[12] (arts. 119 y 267 C. P.). Así, explica la Corte en otra sentencia, "la función fiscalizadora ejercida por los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría de manera irremediable hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito"[13].

198a. *Restricción del control fiscal posterior.* La Ley 80 desarrolló esta noción constitucional en su artículo 65 sobre la intervención de las autoridades que ejercen el control fiscal en el campo contractual: "la intervención de las autori-

---

11 Art. 269 C. P.: "En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas".

12 CCC, Sentencia C-100/96 del 7 de marzo de 1996, Consuelo Beltrán de Schanda, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 (parcial) de la Ley 106 de 1993.

13 CCC, Sentencia C-189/98 del 6 de mayo de 1998, Elsa Beatriz Tobón Duarte, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 80 (parcial) y 81 (parcial) de la Ley 42 de 1993.

dades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales". En fin, "una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales".

El control se limita entonces a la revisión de los pagos realizados, y "el control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de control interno" (num. 3 art. 65).

199. *Supresión del control político.* Así mismo, el control político de las asambleas de elección popular sobre las administraciones de su jurisdicción fue suprimido por el numeral 11 del artículo 25 de la ley por cuanto les prohibe toda intervención en los procesos de celebración de contratos[14].

200. *Propósito deliberado de autonomía.* Considerados inútiles y sobre todo estorbosos para la gestión contractual, los diferentes controles de tutela administrativa fueron pura y simplemente erradicados. El propósito fue entonces dejar al administrador público más libre para mejor cumplir con sus funciones contractuales. Esta identificación más clara del responsable del contrato en cabeza del jefe de la entidad contratante fue completada con un sistema flexible de desconcentración y delegación.

B. AMPLITUD DE LA DESCONCENTRACIÓN Y DE LA DELEGACIÓN

201. La Ley 80 autorizó una amplia desconcentración y delegación al interior de todas las entidades estatales. El artículo 12 les permite desconcentrar la gestión de los procesos de licitación en cabeza de las directivas de la entidad. Las normas de organización interna de las entidades contratantes pueden entonces racionalizar los procesos atribuyendo las funciones de manera estable y según las calidades financieras, técnicas o jurídicas de los cargos objeto de desconcentración, evitando así la presencia forzada del jefe de la entidad en todas y cada una de las instancias del procedimiento.

Con el objetivo de brindar mayor rigor técnico al proceso de selección de contratistas, la ley estimula la colaboración y la participación regular de las

---

14 Num. 11 art. 25 Ley 80: "Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación".

dependencias especializadas de cada entidad contratante. El artículo 12 de la Ley 80 distribuyó los campos de acción de la desconcentración y de la delegación de funciones[15]. La primera fue restringida a los procedimientos de preparación del contrato. Más aún, no a todas las fases de preparación, ni a todos los procedimientos contractuales, por cuanto tan sólo la autoriza para la realización de licitaciones y concursos, procedimientos bien específicos de selección de contratistas. Con todo, esta desconcentración de funciones no se opone a la participación de las dependencias especializadas o asesoras de la entidad en otras etapas fundamentales de preparación de los contratos (art. 25 num. 9), que en estricto sentido preceden a los procesos licitatorios, como son el análisis de la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar (art. 25 num. 7), los estudios, diseños y proyectos requeridos, así como la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 25 num. 12), la planificación y los aspectos presupuestales (art. 25 nums. 13 y 14).

En cuanto a la delegación, ella fue restringida a la celebración de los contratos, sin distinguir si han de estar precedidos de licitación o concurso, con lo cual hay que incluir los casos de contratación directa. Esta restricción parece extrema por cuanto la celebración de contratos no incluye jurídicamente ni los procedimientos y actos precontractuales, incluida la adjudicación, ni los de ejecución y terminación del contrato[16]. Por ello, los artículos 7.º y 14 del Decreto 679 de 1994, que reglamentan la delegación y la desconcentración contractual, parecen ilegales, en la medida en que autorizan la delegación de la adjudicación, la interpretación, modificación, adición y prórroga, la liquidación y los demás actos inherentes a la actividad contractual, desnaturalizando con ello el sistema de repartición de competencias establecido por el legislador entre la desconcentración y la delegación.

No obstante, el artículo 37 del Decreto Ley 2150 de 1995 extendió el campo de la autorización para delegar al establecer que "los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la

---

15 Art. 12 Ley 80 de 1993: "*De la delegación para contratar*. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes".

16 Pese a la apariencia, el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 ("En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o *la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar*") no autoriza la delegación para adjudicar, por cuanto se limita a repetir el principio constitucional que exige la previsión legal para delegar. Por consiguiente, es necesario concentrarse en torno a los términos de la ley que tan sólo se refiere a la celebración del contrato.

competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes". Los artículos 12 y 25 numeral 10 de la Ley 80 quedaban así subrogados parcialmente. En efecto, la delegación no se restringe a la celebración de contrato sino que incluye los procedimientos precontractuales y, además, no está limitada en su cuantía, como lo ordena el numeral 10 del artículo 25. Sin embargo, el decreto ley no modificó la restricción sobre los actos posteriores a la celebración del contrato, que no parecen ser objeto de autorización de delegación, así como la posibilidad de desconcentrar las licitaciones y concursos, por cuanto el hecho de permitir su delegación no se opone a la simultánea autorización de desconcentración. La Corte Constitucional ha explicado en efecto que una y otra constituyen técnicas distintas, no excluyentes, que buscan aligerar el centralismo[17].

202. *Instrumentos administrativos.* Estas medidas refuerzan la autonomía de las entidades contratantes en la gestión contractual. Sus jefes no sólo son los titulares de la competencia contractual sin necesidad de autorizaciones ni delegaciones, sino que también pueden manejar el desarrollo de esta gestión a través de la atribución de competencia en cabeza de sus directivos, bien sea de una manera estable, por medio de la desconcentración, o de manera flexible, con la delegación.

203. *Modernización de la función administrativa.* Esta lógica de flexibilidad de la gestión contractual se inspira de la Constitución, que definió una función administrativa en la que los objetivos de eficacia, economía y celeridad debían ser buscados por medio de la delegación y la desconcentración de funciones[18]. Preocupación que no se restringe al ámbito contractual. En efecto, el artículo 211 Ley 489 de 1998 sobre la función administrativa reguló de manera general la desconcentración y la delegación bajo el mismo espíritu de modernización de la administración.

204. *La Ley 489 de 1998: una noción contraria a la tradición administrativa.* Sin embargo, en la búsqueda de un fuerte dinamismo el legislador parece ha-

---

17 CCC, Sentencias del 28 de octubre de 1993, C-485/93, Consuelo Quintero Maldonado, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) de la Ley 31 de 1992 y del 19 de julio de 1995, C-315/95, María Betty Cuervo Zárrate, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6, 7 y 12 de la Ley 4.ª de 1992.

18 Art. 209 C. P.: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

ber trastocado principios fundamentales de la organización administrativa tradicional, con lo que se puede perturbar su funcionamiento.

205. En primer lugar, el artículo 8.º de esta ley define de manera general la noción de desconcentración como "la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa...". Por consiguiente, el artículo 12 de la Ley 80, que permitía una organización flexible al interior de la administración (incluso en la misma sede), es reemplazado por un sistema parecido al del antiguo estatuto contractual. La desconcentración estaría así restringida a las dependencias departamentales y locales de las entidades nacionales, regionales o departamentales.

Más grave parece el cambio de la lógica de la desconcentración, implícito en el mencionado artículo 8.º. Buscando tal vez una mayor rapidez de la decisión administrativa, la norma establece que, "sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración", los actos fruto de la desconcentración administrativa no son apelables[19]. Sin embargo, el control jerárquico de la apelación, que permite la revocación y la modificación de los actos proferidos por la dependencia inferior, constituye una de las características fundamentales de la desconcentración, que la distinguen además de la descentralización[20]. Es de observar que, si bien la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de este artículo, por cuanto "la concesión legal del recurso de apelación iría en contra de la finalidad misma del mecanismo de la desconcentración, que no es otra que descongestionar los órganos superiores con miras a facilitar y agilizar la función pública, de conformidad con los principios funcionales de eficacia y celeridad que gobiernan dicha función", el problema no es de constitucionalidad, en la medida en que la Carta no define estas técnicas jurídicas, sino de coherencia del sistema. La misma Corte, que acepta la pertinencia de ciertos argumentos de los demandantes, comienza su análisis concreto afirmando que "el presente cargo no está llamado a prosperar, por cuanto se estructura a partir de supuestos que no emanan de la Constitución"[21].

---

19 Art. 8.º Ley 489 de 1998: "*Desconcentración administrativa*. La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones. Parágrafo. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes".

20 CHAPUS. *Droit administratif général*, cit., p. 286.

21 CCC, Sentencia del 21 de junio del 2000, C-727/00, Pedro Alfonso Hernández M., demanda de inconstitucionalidad contra múltiples artículos de la Ley 489 de 1998.

206. En segundo lugar, el artículo 9.º de la ley sobre la delegación afirma que "las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a *otras autoridades*, con funciones afines o complementarias…" (cursiva fuera de texto). Esto significa que la delegación no sólo comprende una transferencia vertical y jerárquica de competencias, como en la lógica tradicional[22], sino también una transferencia transversal hacia otra entidad pública. De acuerdo con esta posibilidad, el artículo 14 sobre la delegación entre entidades públicas impone la celebración de un contrato que regule los derechos y obligaciones entre las entidades delegante y delagataria[23].

Esta *delegación*, así como el contrato derivado impuesto por la ley, son contrarias a las consecuencias de la delegación tradicional contenida en la Constitución e incluso en la misma Ley 489. En efecto, la Carta establece la transferencia integral de la responsabilidad sobre los actos delegados al delegatario, así como el poder jerárquico del delegante de retomar a todo momento la competencia para reformar o anular los actos del delegatario[24]. Se trata entonces de decisiones enteramente discrecionales, ajenas a toda idea contractual. No obstante, la Corte Constitucional también declaró la exequibilidad de estos dos artículos con el mismo argumento de fondo de su análisis sobre el artículo 8.º. Pese a admitir que "los argumentos del actor se fundan en una postura sólida desde el punto de vista

---

22 Chapus. *Droit administratif général*, cit., pp. 149 y ss.; Rodríguez. *Derecho administrativo*, cit., p. 45.

23 Art. 14 Ley 489 de 1998: "*Delegación entre entidades públicas*. La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas. Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos. Parágrafo. Cuando la delegación de funciones o servicios por parte de una entidad nacional recaiga en entidades territoriales, ella procederá sin requisitos adicionales, si tales funciones o servicios son complementarios a las competencias ya atribuidas a las mismas en las disposiciones legales. Si por el contrario, se trata de asumir funciones y servicios que no sean de su competencia, deberán preverse los recursos que fueren necesarios para el ejercicio de la función delegada".

24 Art. 211 C. P.: "La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar a sus ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual correspoderá exclusivemente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrán siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la resposabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios".

doctrinal", la alta corporación encuentra que los principios generales de la delegación admiten excepciones[25].

En realidad, esta segunda noción de la delegación corresponde más bien a lo que CHAPUS llama "las prolongaciones contractuales de la descentralización"[26], técnicas administrativas bien conocidas en Francia después de los años 70 a través de las cuales la Nación organiza sus relaciones de tutela con las instituciones descentralizadas por la vía contractual y no por la impositiva de la decisión unilateral.

206a. Y finalmente, el parágrafo del artículo 12 de la ley establece que "en todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal". Como lo explicó la Corte Constitucional, podría pensarse a primera vista que esta redacción es contraria al artículo 211 de la Carta, ya citado, según el cual la delegación exime de responsabilidad al delegante, pero no hay que perder de vista que el parágrafo se refiere a la muy específica delegación de firma y no a la delegación de competencia regulada por el artículo constitucional. La corporación clarifica así que en la delegación de firma "no opera propiamente ningún traslado de competencias entre el delegante y el delegado [*sic*], pudiéndose afirmar que éste tan sólo firma, o suscribe un documento por aquél. Tarea material en [la] que se suple al delegante, con finalidades de agilización de la función pública. Vistas así las cosas, la responsabilidad civil y penal que se deriva del acto de suscribir el contrato no tiene por qué trasladarse al signatario, quien no es propiamente el que contrata a nombre de la persona jurídica pública, sino tan sólo quien firma el documento. Suscribe por aquel que conserva la plenitud de la responsabilidad civil y penal por el acto. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del delegatario, en la medida de sus atribuciones". Por consiguiente, el parágrafo no vulnera la Constitución[27].

RENÉ CHAPUS[28] explica las diferencias entre las dos delegaciones de la siguiente manera: "1.º La delegación de poder es otorgada a una autoridad designada de manera abstracta [a un cargo]. Por el contrario, la delegación de firma es otorgada a una autoridad nominalmente designada. De ello resulta que la primera no se ve afectada por los cambios sobrevinientes en la persona

---

25 CCC, Sentencia del 21 de junio del 2000, cit. En el mismo sentido, sentencia del 4 de agosto de 1999, C-561/99, Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 13 y 66 parciales de la Ley 489 de diciembre 29 de 1998.

26 CHAPUS. *Droit administratif général*, cit., p. 323.

27 CCC. Sentencia C-727-00 del 21 de junio de 2000, cit.

28 CHAPUS. *Droit administratif général*, t. 1, 15.ª ed., París, Montchrestien, p. 1102.

del delegante ni del delegatario y subsiste mientras una nueva decisión del delegante no la haya derogado, mientras que la segunda finaliza (se torna caduca) si uno de estos cambios se produce [...]

"2.º La delegación de poder modifica la repartición de competencias por cuanto realiza una transferencia jurídica de competencias. Por el contrario, la delegación de firma no hace otra cosa que descargar materialmente al delegante del ejercicio de algunas de sus atribuciones, de las que continúa siendo titular. Por consiguiente, el autor de una delegación de poder queda desinvestido de las competencias transferidas y no puede ejercerlas en tanto no haya puesto fin a la delegación. De lo contrario, sus decisiones emanarían de una autoridad incompetente. El autor de una delegación de firma puede por el contrario decidir en todo momento en lugar del delegatario. Además, las decisiones del delegatario se sitúan en su propio rango de la jerarquía administrativa, si actúa en virtud de una delegación de poder, mientras que en el caso de la delegación de firma se sitúan en el rango del delegante. En otros términos, en la delegación de poder son jurídicamente decisiones del delegatario, que adopta en su propio nombre, mientras que en la delegación de firma son decisiones del delegante a nombre del cual son adoptadas".

No obstante, el parágrafo 4.º del artículo 2.º de la Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, establece que "en materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario". Pero la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta disposición "en el entendido que sólo puede ser llamado el delegante cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones"[29].

207. La Ley 80 cambió fundamentalmente la concepción de la capacidad contractual de las entidades estatales. Los múltiples controles del antiguo estatuto, que aportaron lentitud sin moralizar en compensación a la administración, fueron suprimidos para reconocer mayor autonomía en la gestión. Los

---

29 CCC, Sentencia C-372/02 del 15 de mayo de 2002, Carlos Mario Isaza Serrano y Luis Eduardo Montoya Medina, demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 4.º del artículo 2.º de la Ley 678 de 2001 y el parágrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998. DÁVILA VINUEZA. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., pp. 55 y 606.

jefes de las entidades pueden hoy adaptar más libremente las competencias a través de la desconcentración y la delegación generalizadas por la ley, aun si las confusiones conceptuales introducidas recientemente por el legislador pueden crear nuevos problemas.

II. LIBERTAD DE DETERMINAR EL CONTENIDO CONTRACTUAL

208. *Reglamentación excesiva del antiguo estatuto.* Bajo una fuerte concepción de control a todo nivel, el antiguo estatuto daba un tratamiento rígido al contenido del contrato, que estaba reglamentado minuciosamente tanto en los contratos administrativos como en varios de derecho privado de la administración. El contenido del contrato de obra, así como el de los contratos accesorios, era objeto de varios capítulos[30]. Así mismo, el estatuto se ocupaba del contrato de compraventa de muebles (cap. 7.º), de adquisición de inmuebles sobre el territorio nacional (cap. 8.º) y en en extranjero (cap. 9.º), de los distintos tipos de concesiones de telecomunicaciones (cap. 14) y de los contratos especiales como los de correos (cap. 15), de fabricación de moneda (cap. 16) o los contratos llamados *llave en mano* (cap. 19).

209. *De la competencia reglada a la libertad contractual.* Este tratamiento reglamentario había reforzado la idea según la cual existía una competencia reglada en materia contractual que impedía toda *creación contractual* entre las partes. *La jurisprudencia evolucionó sin embargo para admitir una autonomía* en la determinación del contenido contractual (A), claramente confirmada por la Ley 80. Después, *tanto el derecho positivo como la jurisprudencia aumentaron esta libertad* (B), aunque *su ejercicio no sea siempre aprovechado hoy por parte de las entidades estatales* (C).

A. EVOLUCIÓN HACIA LA LIBERTAD SOBRE EL CONTENIDO CONTRACTUAL

210. *Cambio jurisprudencial.* El Consejo de Estado comenzó la evolución sobre la materia antes de la Ley 80. La Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo durante mucho tiempo la tesis según la cual en los contratos administrativos no era posible incluir cláusulas sobre los intereses de mora porque la ley no había autorizado tal posibilidad. "El principio de legalidad, explicaba el Consejo en

---

30 Caps. 1.º a 5.º Dcto. Ley 222 de 1983.

sustentación de su opinión, no permite hacer a los funcionarios públicos sino aquello para lo cual están expresamente autorizados por la ley". Contrariamente a los contratos privados de la administración, en los que la aplicación del derecho privado permitía la inclusión de múltiples cláusulas según la iniciativa de las partes, los contratos administrativos no podían incluir sino aquellas previstas expresamente por la ley. Por consiguiente, según el concepto del Consejo de Estado, si la administración incurría en mora el contratista estaba obligado a demandarla ante el contencioso para obtener una condena que incluyese los intereses de mora según los principios generales de indemnización integral por incumplimiento del contrato[31].

Sin embargo, la sección contenciosa del Consejo de Estado dio un vuelco significativo a esta concepción en la sentencia del 13 de mayo de 1988 en la que afirmó claramente la posibilidad de incluir cláusulas de intereses de mora. La alta corporación explicó que el principio de legalidad es más flexible en materia contractual que en materia de actos administrativos proferidos según las normas superiores que determinan su objeto y contenido. "Las normas de competencia, pese a ser de derecho estricto, deben manejarse con un criterio racional y en función de la naturaleza de la actividad que regulan"[32]. Esto significaba que, fuera de los procedimientos de selección y de las cláusulas exorbitantes obligatorias, la administración podía incluir en el contrato todas las otras propias a la naturaleza del mismo.

211. *Los dos argumentos del Consejo de Estado.* Para justificar esta posición el Consejo de Estado exponía dos argumentos:

– Primero, los aspectos impuestos a la administración (procedimientos de selección y cláusulas obligatorias) constituyen manifestaciones de la *competencia* porque la administración está enteramente ligada por las normas generales. Por el contrario, todos las otras estipulaciones contractuales son de libre inclusión por las partes, lo que significa que están regidas no por el principio de *competencia* sino por el de *capacidad*, según el cual la libertad es la regla general.

---

31 CEC. Concepto del 10 de agosto de 1987, Ministerio de Minas y Energía, Consejo de Estado, *Anales*, t. 113, segundo semestre de 1987, vol.1, fls. 56 a 64. En el mismo sentido, concepto del 12 de septiembre de 1984, Ministerio de Comunicaciones, Consejo de Estado, *Anales*, t. CVII. fls. 45 a 53.

32 CEC, Sección Tercera. 13 de mayo de 1988, Urbanizadora Villa Alicia, t. 279, fls. 86 a 104. Principio confirmado por las sentencias del 19 de septiembre de 1988, Nieto Ortíz Ramírez Ltda., t. 93, fls. 239 a 255; 13 de agosto de 1990, Ingeniería y Técnica de Maquinaria Ltda., t. 119, fls. 258 a 277; 4 de marzo de 1991, Aguirre Monroy y Asociados Ltda., t. 129, fls. 185 a 200; 23 de julio de 1992, Octavio Tafur Villegas, t. 165, fls. 199 a 220 y 23 de septiembre de 1993, Sumelec Ltda., t. 206, fls. 247 a 298.

– Segundo, la materia contractual no está regida de manera integral por el derecho administrativo. Una gran parte de los principios generales de los contratos privados le es aplicable, en particular lo referente a los efectos de las obligaciones. Es así como el principio del contrato ley para las partes (art. 1602 C. C.), le ejecución de buena fe (art. 1603 ibíd.), las penalidades por mora (art. 1608 ibíd.) y la indemnización integral del perjuicio por el incumplimiento de las obligaciones (art. 1613 ibíd.) eran plenamente aplicables al contrato administrativo[33].

212. *¿Argumentos válidos bajo la Ley 80?* La primera explicación parece un tanto relativa hoy. Vimos en efecto que la noción de capacidad no se identifica necesariamente con un clima de libertad y que los contratos entre personas privadas son con frecuencia reglados por normas imperativas que determinan su contenido e incluso su forma de celebración[34]. Por otro lado, tampoco es posible hoy atribuir a la noción de competencia un carácter estrictamente reglado[35] como única posibilidad de respeto del principio de legalidad. Sería entonces exagerado oponer las nociones de competencia y capacidad sobre la base de la imposición de reglas en la primera, y de libertad en la segunda.

Por el contrario, la segunda explicación parece adaptarse a la realidad actual de los contratos estatales por cuanto tiene en cuenta la existencia de un régimen mixto. Esta posición, ampliamente reforzada por la Ley 80[36], tiene una particular manifestación en el tratamiento del contenido contractual. Por una parte, el artículo 32 de la ley, sobre la noción del contrato estatal, afirma que se trata de todos los tipos de contratos de derecho privado, así como aquellos creados por leyes especiales. Pero las posibilidades no se limitan a las previsiones legislativas porque las entidades pueden crear los *contratos innominados* según sus necesidades[37]. De otra parte, el artículo 40 acuerda una amplia libertad en la determinación del contenido contractual y autoriza a las partes contratantes a incluir todas las modalidades y condiciones consideradas por ellas como necesarias para el logro de los fines contractuales[38].

---

33 CEC. 13 de mayo de 1988, Urbanizadora Villa Alicia, cit.

34 Cfr. capítulo "Autonomía de la voluntad", supra n.os 99 y ss.

35 Supra n.os 124 y ss.

36 Ver la regla general de la aplicación del derecho privado en el "Capítulo preliminar", supra n.º 63.

37 Art. 32 Ley 80 de 1993: "*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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación…".

38 Art. 40 Ley 80 de 1993: "*Del contenido del contrato estatal*. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y

213. La ley parece haber optado por una concepción amplia de la competencia que refuerza el carácter instrumental de los contratos en la realización de las tareas administrativas. La jurisprudencia y la evolución legislativa van además en el mismo sentido, como lo muestran los ejemplos siguientes.

B. CONSOLIDACIÓN DE LA LIBERTAD SOBRE EL CONTENIDO CONTRACTUAL

La libertad en relación con el contenido contractual se refuerza en dos planos distintos: por un lado, *la escogencia del tipo*[39] *contractual y la determinación de sus cláusulas*[40] (1); por otro, *el carácter discrecional en la determinación de la materia que puede ser objeto de contratación* (2).

1. ESCOGENCIA DEL CONTRATO Y DETERMINACIÓN DE SU CONTENIDO

214. La Corte Constitucional se pronunció sobre el ejercicio de esta autonomía con ocasión de la demanda contra el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80, sobre el contrato de fiducia pública. El actor sostenía que la noción de fiducia pública definida por este numeral era contraria a los elementos esenciales del contrato de fiducia del Código de Comercio que se encontraba así *desnaturalizado*. Para negar las pretensiones y declarar la constitucionalidad del artículo, la Corte afirma que, al cambiar los elementos esenciales del contrato de fiducia comercial, la Ley 80 creó en realidad otro tipo de contrato de fiducia, de carácter público. Ello significa, concluye la Corte, que el principio de autonomía de las partes permite a las entidades estatales "celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5 del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993"[41].

---

naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración".

39 E. J. ARBOLEDA PERDOMO. "La selección del contratista particular", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994, p. 172.

40 V. COCK. "Modalidades especiales del contrato estatal", en *La nueva contratación administrativa*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994, p. 58.

41 CCC. 10 de marzo de 1995, Carlos Eduardo Manrique, Juan Carlos Botero y Manuel Enrique Cifuentes,

La concepción de la Corte se aleja de las limitaciones establecidas antes por el concepto del Consejo de Estado que vimos precedentemente. La administración no está subordinada a los textos que prevén los contratos estatales y su contenido. Aunque el artículo 32 de la Ley 80 defina los contratos estatales más frecuentes (obra, prestación de servicios, consultoría, concesión y fiducia), tanto el primer inciso del artículo como el Consejo de Estado[42] explican que se trata de ejemplos enunciativos y no taxativos. La entidad estatal contratante los puede emplear si los encuentra útiles para sus objetivos, pero también puede recurrir a cualquier otro tipo de contrato comercial civil, como lo prevé expresamente el artículo 32, sin que ello signifique que en esos casos está fuera del campo de los contratos estatales. Más aún, es enteramente libre de crear un nuevo tipo de contrato o de hacer un montaje contractual más o menos complejo, dada la autonomía de que goza para incluir todas las cláusulas y modalidades contractuales que considere necesarias para el logro de los fines contractuales (art. 40 Ley 80).

No obstante, esta libertad está restringida no sólo por las normas de orden público del derecho civil, sino también por ciertos principios de derecho público que se oponen a la celebración de ciertos contratos por las entidades estatales. Así, el Consejo de Estado ha considerado que no es posible celebrar un contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público: "Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio[43], y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita[44].

"Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los artículos 1988,

---

demanda de inconstitucionalidad del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sentencia C-086-95, expedientes acumulados D-647 y D-672, sentencia del 5 de septiembre de 2001, Humberto Longas Londoño, C-949/01.

42 CEC, Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, Universidad del Tolima, t. 378, fls. 228 a 247.

43 Nota original de la sentencia: Según el profesor JOSÉ J. GÓMEZ "los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno". Cfr. *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

44 Nota original de la sentencia: Quedan a salvo las facultades de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia del 18 de agosto de 1995, Exp. 3237, antes referida.

1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad"[45].

Bajo estas consideraciones, el Consejo de Estado encontró viciado de nulidad absoluta un contrato de arrendamiento sobre del Parque Olaya Herrera de Bogotá, a través del cual el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte garantizaba su uso exclusivo y privado a la Sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda.

2. DETERMINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES CONTRATABLES

215. *Decisión de contratar.* Bajo otra perspectiva, el Consejo de Estado consolida también el principio de libertad contractual. El sindicato de las empresas de servicios públicos de Medellín demandó ante la jurisdicción la licitación de un contrato que tenía por objeto confiar al contratista la lectura de los contadores de agua, luz y gas. El sindicato sostenía que la existencia de empleos en la empresa municipal destinados a tal fin impedía a la entidad la celebración de un contrato que tendría como consecuencia necesaria la supresión de dichos empleos. Pero el Consejo de Estado no anuló la licitación al considerar que "la decisión unilateral de abrir licitación para la contratación de dichas funciones es tarea de gobierno que la administración ejecuta atendiendo, más que nada, a las necesidades del servicio. En ese aspecto el cometido es el de facilitar la prestación de los servicios públicos dentro de cierta autonomía que solo conoce lindero en el campo de lo ilícito o de lo inmoral, o dentro de un orden público que a veces resulta vago e inasible"[46].

Con esta sentencia el Consejo de Estado atribuye a la administración amplia libertad en la organización del servicio. Es libre de decidir si determinada gestión será prestada directamente por ella o si es más conveniente contratarla. La determinación de una u otra forma de prestación del servicio refleja una determinada política frente a la función administrativa y obedece a *razones del servicio* que no son objeto de control por el contencioso administrativo.

---

45 CEC, Sección Tercera, 16 de febrero de 2001, Personería de Santa Fe de Bogotá, t. 440. fls. 49-87.

46 CEC, Sección Tercera. 22 de julio de 1996, Asempúblicas, t. 314, fls. 1 a 10. El Consejo de Estado utiliza el término "autonomía" y no "potestad discrecional", con lo cual refuerza la lógica de libertad de la administración contratante en la materia. La alusión al derecho privado es indudable con la utilización de los límites tradicionales de la autonomía de la voluntad: la moral y el orden público.

Pero es necesario anotar también que la amplitud de esta autonomía no ha sido constante. Tanto el derecho positivo como la jurisprudencia muestran una tensión entre su afirmación, que permite externalizar funciones de la administración, y los esfuerzos por limitar la creación de plantas de personal paralelas a las existentes en las entidades estatales. Así, el Decreto 1087 de 1997, por el cual se sometía a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones a través de contratos de prestación de servicios, prescribía que "a partir de la fecha de [su] expedición, las Entidades Públicas que reciben aportes del Presupuesto Nacional, sólo podrán celebrar contratos de consultaría o de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas cuando no exista personal de planta especializado para la labor requerida". Además agregaba que "a estos efectos, el jefe de la entidad en forma indelegable deberá certificar la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar".

Aunque este decreto fue derogado por el Decreto 26 de 1998, los artículos 23 y 24 de este último retoman su espíritu[47], que también es puesto de presente por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al insistir sobre las particularidades de los contratos de prestación de servicios.

En primer lugar, "la ley no autoriza la supresión de empleos de la Administración con el fin de proceder al desarrollo de las mismas funciones que cumplen los empleados vinculados en dichos cargos, mediante la celebración del contrato de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas"[48].

El Consejo de Estado explica que "en el caso específico del contrato de prestación de servicios, considerado una alternativa a la solución de necesidades de la administración, mediante él las entidades estatales buscan desarrollar 'actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad', expresión amplia que no obstante está restringida por la exigencia atinente al 'término estrictamente indispensable', dado que no generan relación laboral ni prestaciones sociales (num. 3, art. 32, Ley 80 de 1993). De ahí que la Sala sostenga que 'la celebración de estos contratos satisface la necesidad de las en-

---

47 Artículo 23. Los órganos públicos sólo podrán celebrar contratos de consultoría o de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, cuando no exista personal de planta especializado para la labor requerida.
Artículo 24. No podrá pactarse remuneración para el pago de servicios calificados a personas naturales o jurídicas que prestan servicios en forma continua para asuntos propios del órgano público por un valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe del órgano público respectivo.

48 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil, 27 de agosto de 1997, director del Departamento Administrativo de la Función Pública, Rad. 951.

tidades estatales de disponer transitoriamente de los recursos humanos indispensables para desarrollar adecuadamente sus funciones y cumplir sus fines a cabalidad' (radicación 921/96).

No obstante, la sala de consulta "considera que por fuera del ejercicio propiamente de funciones públicas y que por tanto no corresponden al objeto principal de la entidad, es decir, dentro del ámbito de las actividades complementarias –de apoyo a la función administrativa– es procedente la contratación con particulares; para tales eventos, el contrato pertinente es el de suministro, definido de este modo por el Código de Comercio.

"Art. 968. El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

"Mediante el contrato de suministro es viable entonces que la administración pública cumpla actividades de apoyo o complementación de la función administrativa, tal como ocurre en los casos específicos de la atención de los servicios de aseo, mantenimiento, cafetería, y vigilancia, siempre que se obre con sujeción a los principios orientadores de la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y dentro del marco estatutario previsto en la Ley 80 de 1993"[49].

Por su parte, el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 permite, en aplicación del literal d del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80, la contratación directa de los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, siempre y cuando se demuestre la idoneidad y experiencia del contratista directamente relacionada con el área de que se trate. Pero además restringe los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, en la medida en que sólo se podrán suscribir cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio objeto del contrato, además de exigir ciertas formalidades para asegurar los motivos de contratación directa y los resultados esperados.

216. *Amplitud extraordinaria de la libertad en la Ley 489 de 1998.* La extensión de esta autonomía fue ampliada por el legislador, quien estableció un principio general de delegación de funciones públicas en la Ley 489 de 1998. Con fundamento en la Constitución, que atribuye al legislador la competencia para definir los términos según los cuales los particulares pueden cumplir funcio–

---

49 Ídem.

nes administrativas[50], el artículo 110 de esta ley prescribe que "las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario".

Por consiguiente, el principio de legalidad es hoy muy flexible en materia contractual. La administración puede confiar a los particulares todas las funciones administrativas que considere útiles, salvo aquellas que por disposición expresa del legislador y naturalmente de la Constitución debe ejercer directamente.

Aunque la ley establece ciertas formalidades previas, el artículo parece auspiciar ampliamente la celebración de contratos en todos los campos de la administración. En efecto, a las formalidades generales de un contrato estatal (previa licitación y cláusulas exorbitantes: num. 2 art. 111) la ley adiciona un control de tutela ejercido por el Gobierno Nacional y los ejecutivos territoriales, según el caso, que tiene por objeto la aprobación de la delegación y el control sobre el ejercicio de la función delegada (art. 110 y num. 1 del art. 111)[51].

---

50 Art. 210 C. P.: "… Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley…".

51 "Art. 110: "*Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares*. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones: la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio. Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular. Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización. La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, si fuere el caso". Art. 111: "*Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares*. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación: 1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo, mediante el cual determine: a. Las funciones específicas que encomendará a los particulares; b. Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas; c. Las condiciones del ejercicio de las funciones; d. La forma de remuneración, si fuera el caso; e. La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas. 2. La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años prorrogables y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá: elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contra-

Sin embargo, contrariamente a lo que la misma ley establece para la delegación de funciones a servidores públicos y a otras entidades públicas, ningún artículo prohibe el ejercicio de ciertas funciones por los particulares.

217. *¿Hacia la privatización de la función administrativa?* Parece evidente la voluntad del legislador de entregar una inmensa libertad a las entidades estatales en su decisión de contratar una determinada actividad. Pero la Corte Constitucional puso freno a esta amplitud al declarar inexequible la expresión "*salvo disposición legal en contrario*" del artículo 110. La alta corporación consideró:

> … que la forma en que está redactada la norma induce a confusión, por cuanto permite concluir que la regla general es la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por los particulares, y que la excepción sería la disposición legal en contrario. En efecto, pareciera que ellos pudieran ejercer todo tipo de actividades administrativas, salvo en los casos en que la ley expresamente se los prohibiera. Si bien es cierto que conforme al artículo 6.º superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual "solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones administrativas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al mismo artículo 6.º de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia[52].

C. PRÁCTICA CONTRASTADA

218. *Riesgos de la libertad contractual.* La amplitud de la libertad contractual conlleva riesgos significativos. En la sentencia sobre la fiducia pública que vimos antes[53], la Corte Constitucional explica cómo el legislador quiso rodear de protecciones la versión pública de este contrato frente a su homólogo del derecho comercial. Por ello prohibió la transferencia de propiedad de la entidad contratante y la constitución de un patrimonio autónomo con el bien objeto de la fiducia. Así mismo, la ley impuso la contratación a través de licitación, no

---

tación por parte de entidades estatales. Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas".

52 CCC. 3 de noviembre de 1999, Luis Eduardo Montoya Medina, demanda de inconstitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, sentencia C-866-99.

53 Supra, n.º 213.

sólo para el contrato de fiducia sino también para los contratos que celebre el contratista fiduciario[54].

Estos controles podrían minimizarse y aun burlarse, por cuanto según la sentencia de la Corte las entidades contratantes conservan siempre la posibilidad de recurrir al contrato de fiducia del Código de Comercio[55]. Pero el Consejo de Estado critica esta afirmación al resaltar que "no obstante lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto del inciso 1.º del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, aunque declarado inexequible, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias: la fiducia pública y el encargo fiduciario. Esta apreciación la refuerza el inciso 8.º de la misma norma, por cuanto al expresar: 'La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley...', y un poco más adelante, en la parte final: 'A la fiducia pública le será

---

54 Art. 32.5 Ley 80 de 1993: "*Encargos fiduciarios y fiducia pública*. Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso. Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias. La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente. Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia. La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley".

55 C. E. Manrique Nieto. "La coexistencia de la fiducia pública y de la fiducia mercantil bajo el régimen de la ley 80", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 288.

aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley', indica en forma nítida que el contrato de fiducia a que se refiere es a la pública y no a la mercantil. Por consiguiente no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la Ley 80, sino al revés, la fiducia pública con aplicación de las compatibles del Código de Comercio"[56].

219. *Práctica prudente.* Por fortuna esta posibilidad abierta implícitamente por la sentencia de la Corte no ha trascendido a la práctica contractual. Las entidades prefieren rodearse de seguridades y, sin aprovechar las amplias posibilidades de este contrato, lo utilizan en la mayoría de casos para la gestión de recursos destinados al pago de otros contratos (43% de los contratos de fiducia) o para la gestión de recursos públicos por simple encargo fiduciario (31.25%) o para rentabilizar los recursos previstos para el financiamiento de proyectos específicos, a la espera del comienzo del proyecto (12.5%)[57].

220. *Las concesiones viales.* De todos modos, la libertad contractual exige una alta formación técnica de los servidores de las entidades contratantes. Al restringirse a una noción vaga de los distintos tipos contractuales (art. 32), la Ley 80 permite a los administradores públicos crear los moldes contractuales según las necesidades del servicio. Sin embargo, la tarea no es simple y con frecuencia, aun en la administración nacional y especializada, los términos contractuales no se adaptan bien a las exigencias del servicio. Esto ha sido particularmente dramático en el caso de las concesiones viales.

El modelo de concesión constituye el paradigma del nuevo modelo contractual de la administración por cuanto concreta la participación del sector privado técnica y financieramente en un ambiente de flexibilidad reglamentaria, en la medida en que las normas a ellas aplicables son mínimas. Esta voluntad de flexibilidad generó una definición vaga del contrato en la Ley 80 que impide identificar con claridad sus elementos esenciales y sus diferencias con otros tipos de contrato, en particular con el de obra pública. Esta imprecisión imponía un profundo estudio de las condiciones contractuales en cada caso para regular particularmente las relaciones y las responsabilidades de las partes. Pero la realidad nos muestra una gran improvisación en la redacción de estos contratos. El 90.1% de los contratos de concesión celebrados por el Invías entre 1995 y 1998 fueron objeto de contratos adicionales u otrosís para corregir

---

56 CEC, Sala de Consulta, 4 de marzo de 1998, Fondo Nacional para Atención Integral a la Población Desplazada por Violencia, Rad.: 1074.

57 Cifras obtenidas a partir del análisis de la base de datos del *Diario Oficial*, 1995-1998.

sus cláusulas[58]. Las consecuencias son muy graves por cuanto los cambios modifican la ingeniería financiera del contrato y las partes deben renegociar el conjunto de las condiciones contractuales. En estas condiciones, la administración debe reconocer a sus contratistas indemnizaciones millonarias que permiten poner en duda las ventajas financieras reales de este modelo, que fueron presentadas como uno de sus atractivos mayores.

221. *Reacción del Gobierno.* Frente a los peligros de la libertad contractual, el Gobierno Nacional ha reaccionado con una serie de decretos reglamentarios que buscan su restricción. Tal es el caso de los certificados de calidad sobre los bienes y servicios que deben ser exigidos por la administración a sus contratistas (Dcto. 679 de 1994) y la autorización impuesta a las entidades contratantes en las fiducias de más de un año fiscal de duración (Dcto. 1550 de 1995). Estos reglamentos, más o menos contemporáneos de la Ley 80, se han visto reforzados en el curso de los últimos años. Así, los decretos 167 y 242 de 1997 impusieron un concepto del consejero presidencial para las comunicaciones y el envío previo de ciertos documentos en los contratos de publicidad; el Decreto 791 de 1997 impone obligaciones a los hospitales contratantes, y el Decreto 1436 de 1998 sobre los intermediaros de seguros reglamenta los términos de referencia de los contratos.

La legalidad de estos decretos no deja de estar en duda, en la medida en que constituyen una limitación de la autonomía de la voluntad de las entidades contratantes, consagrada por la Ley 80[59]. Pero, en todo caso, ellos muestran una tensión, e incluso contradicción, entre el espíritu *libertario* del legislador y el esfuerzo del Gobierno por controlar las entidades contratantes.

222. La Ley 80 concretó la tendencia de transformación de la jurisprudencia, comenzada bajo el antiguo estatuto contractual, y ofrece al administrador público amplia libertad para determinar el contenido de los contratos y para adaptarlos mejor a las exigencias del servicio. La administración parece haber aprovechado esta libertad en los grandes proyectos para delegar funciones administrativas. Pero los funcionarios no están siempre preparados para el reto de definir de manera autónoma el contenido de los contratos y el grado de improvisación es alto. Frente a ello, la reacción del Gobierno, que parece intentar recuperar el espacio de tutela administrativa restringido por la Ley 80, podría ser ilegal.

---

58 Fuente: análisis de la base de datos de los contratos estatales del *Diario Oficial*.

59 Ver los límites del poder reglamentario en el capítulo "Autonomía de la voluntad", supra n.os 124 y ss.

III. ¿HACIA EL CONSENSUALISMO CONTRACTUAL?

223. La cantidad excesiva de formalidades en la celebración de los contratos administrativos constituyó uno de los temas de discusión importantes que precedieron la Ley 80[60]. El formalismo exagerado generó inestabilidad jurídica por cuanto los riesgos de nulidad del contrato eran altos.

Para reducir este peligro, *la jurisprudencia anterior a la ley encontró una solución jurídica* (A) diferente de cierto *consensualismo propuesto por el legislador de 1993* (B). Aunque después de la Ley 80 el Consejo de Estado ha mantenido aparentemente su antigua posición, cabe preguntarse *hasta qué punto rechaza el consensualismo en los contratos estatales* (C).

A. SOLUCIONES FRENTE AL FORMALISMO DEL ANTIGUO ESTATUTO

La abundancia de formas impuesta por *los textos* (1) generaba con frecuencia la nulidad de los contratos o su inexistencia, pero el Consejo de Estado limitó esta consecuencia con una amplia aplicación de la *teoría del enriquecimiento sin causa* (2).

1. LOS TEXTOS

224. *Formalidades de perfeccionamiento de los contratos.* En la lógica reglamentarista y de control, la celebración de los contratos estuvo sujeta a diferentes formalidades de perfeccionamiento bajo el Decreto 222 de 1983. El artículo 51 determinaba en qué consistía dicho perfeccionamiento: salvo disposición particular, un contrato de la Nación o de sus entidades descentralizadas se perfeccionaba después del concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado que lo declaraba ajustado a la ley, o del tribunal administrativo de la jurisdicción de la entidad contratante, si el contrato no necesitaba la aprobación del Consejo de Estado en razón de la cuantía[61]. Si las autorizaciones no eran necesarias, el mismo artículo preveía el perfeccionamiento con la aprobación de las pólizas reglamentadas por el artículo 48. Si el contrato no tenía pólizas, la formalidad exigida era el registro presupuestal. En fin, si el registro no era necesario, el contrato se perfeccionaba con su firma por las partes. Para asegurar el cumplimiento de estas formalidades, el artículo 299 del antiguo estatuto prohibía la ejecución de los contratos no perfeccionados.

---

60 Ponencia para primer debate en comisiones conjuntas, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 147.

61 CEC, Sección Tercera. 22 de mayo de 1997, Hotel Tonchalá Ltda., t. 74, fls. 63 a 77 y 15 de junio de 1991, Con-Geniar Ltda., t. 135, fls. 121.

225. *¿Condiciones de existencia o de validez?* El Consejo de Estado se preguntó sobre las consecuencias de estas formalidades. ¿Se trataba de condiciones de validez del contrato o de existencia del mismo?

El consejero JORGE VALENCIA ARANGO defendió la tesis según la cual las formalidades de perfeccionamiento impuestas por el artículo 51 constituían requisitos de validez del contrato. Por consiguiente, el contrato existía con el simple acuerdo de voluntades, aun si era oral. Un problema distinto era el de la nulidad absoluta del contrato que no respetaba las formalidades de perfeccionamiento exigidas por el estatuto. En este caso, el contrato existía pero estaba viciado de nulidad[62]. En la misma línea de pensamiento, el Consejo de Estado consideró que el incumplimiento de las formalidades de perfeccionamiento impedía la ejecución del contrato sin que ello permitiera considerar el contrato inexistente. El contrato existía desde su firma por las partes[63].

Sin embargo, la opinión mayoritaria que finalmente se impuso fue diferente. De manera constante el Consejo de Estado afirmaba, y afirma aún hoy, que las formalidades de perfeccionamiento de los contratos constituyen requisitos de existencia y no de validez[64]. ¡La celebración de los contratos de la administración es formalista! Contrariamente a los contratos entre los particulares, en los que el consensualismo es la regla, los contratos de la administración deben respetar las formas impuestas por el legislador en protección del interés general.

226. *La adjudicación del contrato no lo perfecciona*. Así, la adjudicación de un contrato no conllevaba obligaciones *contractuales* si estaba sujeto a una autorización de tutela administrativa. El artículo 35 del antiguo estatuto sobre los efectos de la adjudicación establecía que ésta no tenía otra consecuencia distinta de obligar a la administración y al proponente ganador a realizar las otras formalidades para obtener la aprobación del contrato. En otros términos, generaba obligaciones precontractuales puesto que el contrato no se consideraba aún existente. Antes de la aprobación, afirmaba el Consejo de Estado, el proponente no tiene sino la expectativa de un contrato que no existe todavía[65]. Así mismo, la ley era muy estricta y prohibía toda ejecución de un contrato no perfeccionado. El artículo 299 mencionado antes no dejaba posibilidad de duda.

---

62 Salvamento de voto del consejero JORGE VALENCIA a la sentencia del 11 de diciembre de 1984, Madriñán Micolta y Cía. Ltda. Patrol, CEC, Sección Tercera, t. 56, fls. 389 a 401.

63 CEC, Sección Tercera. 7 de febrero de 1992, Ingeniería Técnica Nacional, t. 151, fls. 62 a 89.

64 CEC, Sección Tercera. 15 de julio de 1991, Con-Geniar Ltda., t. 135. fls. 121; 24 de septiembre de 1993, Fabio Armando Rojas Forero, t. 206. fls. 230 a 246; 8 de mayo de 1995, Héctor Julio Alonso y Emilse López Romero, t. 277. fls. 336 a 347; 26 de septiembre de 1996, Comercializadora Arbeláez y Cía., t. 320, fls. 298 a 325.

65 CEC, Sección Tercera. 31 de agosto de 1990, Los Topos Construcciones Ltda., 120, fls. 179 a 196.

"Sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados", afirmaba. Y de manera más explícita concluía que, "en consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente estatuto no podrá pagarse o desembolsarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen".

En estas condiciones, el proponente adjudicatario del contrato debía esperar el cumplimiento de todas las formalidades, y toda ejecución anterior a ellas lo exponía a que sus prestaciones no fueran pagadas. Y en cuanto a los funcionarios, se exponían a sanciones disciplinarias e incluso penales por los pagos sin contrato perfeccionado[66].

227. *Una concepción estricta e injusta*. Esta solución ajustada al derecho parecía sin embargo injusta en muchos casos. Pese a la intención del legislador, la práctica contractual reveló las dificultades de su puesta en marcha.

Primero, los textos dieron pie a múltiples interpretaciones. Se discutía, por ejemplo, si la aprobación de las pólizas era una atribución del jefe de la entidad contratante (o su delegado) o del contralor, que no pertenecía a la entidad[67]. En un contrato la autoridad de tutela no dio su visto bueno al acuerdo porque éste no había obtenido previamente el registro presupuestal, como lo ordenaba el artículo 48. Pero el Consejo de Estado consideró que el contrato se había perfeccionado con la aprobación de las pólizas, como lo exigía el artículo 51[68], sin tener en cuenta que tal aprobación exigía el previo registro presupuestal. Aunque la sección contenciosa del Consejo de Estado confirmó la posibilidad de adicionar las formalidades de perfeccionamiento por disposiciones del pliego de condiciones[69], la Sala de Consulta se negó a declarar ajustado a la ley un contrato que había previsto la revisión por el Consejo de Estado por cuanto el monto del contrato era inferior al establecido por el estatuto contractual[70].

A las dificultades de interpretación hay que agregar el poder del control fiscal en la aprobación de los gastos, que convirtió a los funcionarios de las contralorías en verdaderos controladores de la legalidad del contrato y les permitió rechazar contratos apoyados en errores formales mínimos. Una ilustración de esta realidad la encontramos en un oficio de un contralor enviado a un

---

66 CEC, Sección Tercera. 14 de abril de 1993, Hernando Cruz Romero, t. 190, fls. 1 a 18.

67 CEC, 22 de marzo de 1991, Acoplar Ltda., expediente R067.

68 CEC, Sección Tercera. 24 de septiembre de 1993, Fabio Armando Rojas Forero, t. 206, fls. 230 a 246.

69 CEC, Sección Tercera. 8 de agosto 1985, Acoplar, Ltda., t. 60, fls. 285 a 324.

70 CEC, Concepto sobre la legalidad del contrato: la Nación-Federación Nacional de Cafeteros del 6 de abril de 1989, Consejo de Estado, *Anales*, t. CXIV, vol. 1, primer semestre.

gobernador en el que rechaza por segunda vez un contrato por la ausencia de formalidades exigidas por los textos. En el informe de la apertura de las propuestas, señala el oficio, no aparece la hora de comienzo de la audiencia, ni el estado de los documentos al interior de la urna. Además, la oferta seleccionada no aparece firmada y sellada en todas las páginas por los tres funcionarios que tenían las llaves de la urna[71].

En muchos casos como los descritos la situación era injusta para el *contratista* por cuanto los errores de perfeccionamiento del contrato eran imputables tan sólo a la administración. Las irregularidades presupuestales o en los procesos de licitación o en en el envío del proyecto de contrato para su aprobación por las autoridades de tutela constituían fallas de la administración en las que el candidato a contratista no había intervenido en absoluto. Más grave aún, la entidad contratante podía en fin apoyarse en las fallas formales, considerar el contrato inexistente y burlar los compromisos adquiridos, lo que no era ni es hoy una simple hipótesis teórica en nuestras administraciones sujetas a los cambios políticos.

228. Frente a esta situación la jurisprudencia del Consejo de Estado protegió frecuentemente al contratista a través de la teoría del enriquecimiento sin causa.

2. TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL CONSEJO DE ESTADO

229. *La noción.* El Consejo de Estado encontró que pese a la inexistencia del contrato no era equitativo que la administración se enriqueciese por la ejecución de prestaciones de un particular sin reconocerle compensación alguna. La jurisprudencia acudió entonces a la teoría del enriquecimiento sin causa, bien conocida en el derecho privado, aunque en la versión administrativista adquirió algunas particularidades.

"El enriquecimiento sin causa, explica el Consejo de Estado, se da cuando una de las partes ve disminuido su patrimonio, mientras el de la otra se aumenta, sin existir en esa traslación de valores un fundamento legal o contractual. En tales situaciones corresponde a quien indebidamente acrecentó su haber patrimonial restituir ese indebido acrecimiento a la parte afectada o empobrecida"[72].

Las doctrinas administrativa y privada encuentran el fundamento de la teoría del enriquecimiento sin causa en la equidad y la importancia de la protección de los derechos económicos: se trata de un desequilibrio objetivo entre dos

---

71 CEC, Sección Tercera. 13 de julio de 1993, Hugo Armando Pinto Rojas, t. 199, fls. 31 a 55.
72 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1991, Olivetti Colombiana S. A., t. 138, fls. 205 a 227.

patrimonios que no tiene ninguna justificación jurídica y que hay que restablecer. El análisis se centra sobre el aspecto material de la noción, aunque las condiciones jurídicas son igualmente fundamentales.

230. *Condiciones de aplicación.* El Consejo de Estado ha enunciado en múltiples ocasiones las condiciones de aplicación de la teoría. Para que haya enriquecimiento sin causa, explica la alta corporación, es necesario:

> a. Un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía; b. Un empobrecimiento, que se traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico. Precisamente por ese empobrecimiento es que puede ejercer la acción que se comenta; c. Una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de la otra; d. Ausencia de causa, es decir, que ese enriquecimiento no tenga justificación de ninguna naturaleza, porque si la tiene no se podría estructurar la figura; e. Que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente[73].

231. *Evidencia de las condiciones materiales.* Normalmente las condiciones materiales de la teoría aparecen evidentes. El enriquecimiento de la administración consiste con frecuencia en la obtención de trabajos realizados por un particular, como la construcción de un matadero municipal[74], kilómetros de una vía[75] o un puente[76]. Pero el Consejo de Estado también ha admitido otros beneficios obtenidos por la administración, tales como la vigilancia de una obra interrumpida[77] o de un lote antes del comienzo de una obra[78], o el mantenimiento de equipos de oficina[79]. El juez administrativo exige también la prueba

---

73 CEC, idem. En el mismo sentido, 6 de agosto de 1987, Conic Ltda., t. 77, fls. 29 a 64; 3 de julio de 1990, Proyectos y Construcciones S. A., t. 117, fls. 306 a 318; 15 de noviembre de 1990, José Antonio Velasco Pardo, t. 125, fls. 343 a 356; 22 de febrero de 1991, Ingecos Ltda., t. 129, fls. 44 a 56; 25 de octubre de 1991, Sococo S. A. Soc. Colombiana de Constructores, t. 143, fls. 384 a 400; 29 de noviembre de 1991, José Antonio Velasco Pardo, t. 148, fls. 1 a 18; 17 de julio de 1992, Pyne Corpus y Cía. Ltda., t. 164, fls. 395 a 403; 26 de marzo de 1992, Otoniel Varela Arias, t. 155, fls. 160 a 177; 10 de septiembre de 1992, Sociedad Suramericana de Construcciones S. A., t. 170, fls. 141 a 194; 24 de septiembre de 1992, Jaime Uscátegui Borráez, t. 171, fls. 248 a 275; 16 de abril de 1993, Hernando Cruz Romero, t. 190, fls. 1 a 18; 13 de julio de 1993, Hugo Armando Pinto Rojas, t. 199, fls. 31 a 55.

74 CEC, Sección Tercera. 13 de julio de 1993, Hugo Armando Pinto Rojas, t. 199, fls. 31 a 55.

75 CEC, Sección Tercera. 25 de octubre de 1991, Sococo S. A. Soc. Colombiana de Constructores, t. 143, fls. 384 a 400.

76 CEC, Sección Tercera. 16 de abril de 1993, Hernando Cruz Romero, t. 190, fls. 1 a 18.

77 CEC, Sección Tercera. 24 de septiembre de 1992, Jaime Uscátegui Borráez, t. 171, fls. 248 a 275.

78 CEC, Sección Tercera. 11 de diciembre de 1984, Madriñan Micolta y Cía. Ltda. Patrol, t. 56, fls. 375 a 401.

79 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1991, Olivetti Colombiana S. A., t. 138, fls. 205 a 227.

del empobrecimiento, esto es, los gastos efectivos efectuados por el particular demandante[80]. Finalmente, establece la relación de causa a efecto entre el empobrecimiento del demandante y el enriquecimiento de la administración exigiendo que éste sea la consecuencia directa y necesaria de aquél[81].

232. *Ambigüedad de las condiciones jurídicas.* Por el contrario, las condiciones jurídicas de ausencia de causa y de subsidiariedad de la acción *in rem verso* son más difíciles de establecer. En efecto, para que haya ausencia de causa jurídica ni el enriquecimiento ni el empobrecimiento deben encontrar origen en un contrato ni en una culpa. Pero estas dos fuentes de las obligaciones están presentes de manera implícita en muchos casos.

Primero, vimos que la jurisprudencia exigía la existencia de un contrato *válidamente celebrado* para abrir la posibilidad de una indemnización sobre la base contractual[82]. Ello significa que el simple acuerdo de voluntades no era suficiente para la existencia del contrato. Sin embargo, el Consejo de Estado rechazaba la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa sobre la simple relación de causa entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Era indispensable que la administración hubiese dado su consentimiento para la realización de prestaciones por parte del particular. Aunque el Consejo de Estado no exigía una orden de servicio regular y admitía una autorización tácita de la ejecución de las prestaciones[83], los trabajos o servicios espontáneos son considerados como simples liberalidades de parte del particular que no le dan derecho a una compensación económica por parte de la administración beneficiada por las prestaciones[84]. Esta exigencia de un principio de acuerdo constituye una particularidad de la teoría del enriquecimiento sin causa en derecho administrativo con relación a su homóloga en el derecho privado, y acerca la relación de las partes a las derivadas de un contrato o, en términos de MODERNE, a un cuasicontrato[85].

Segundo, la jurisprudencia tuvo también en cuenta el comportamiento de las partes, no para deducir este *cuasi consentimiento* de la administración, sino para analizar la culpa en que pudieron incurrir las partes. Tanto en derecho

---

80 CEC, Sección Tercera. 11 de diciembre de 1984, Madriñan Micolta y Cía. Ltda. Patrol, t. 56, fls. 375 a 401; 25 de octubre de 1991, Sococo S. A. Soc. Colombiana de Constructores, t. 143. fls. 384 a 400; 6 de septiembre de 1991, Olivetti Colombiana S. A., t. 138, fls. 205 a 227.

81 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1991, Olivetti Colombiana S. A., t. 138, fls. 205 a 227.

82 CEC, Sección Tercera. 4 de septiembre de 1986, Fernando Cuervo Rodríguez, t. 66, fls. 321 a 332.

83 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1991, Olivetti Colombiana S.A., t. 138, fls. 205 a 227; 10 de septiembre de 1992, Sociedad Suramericana de Construcciones S. A., t. 170, fls. 141 a 194; 13 de julio de 1993, Hugo Armando Pinto Rojas, t. 199, fls. 31 a 55.

84 CEC, Sección Tercera. 11 de octubre de 1991, Hennio Publicidad Ltda., t. 153, fls. 142 a 198.

85 F. MODERNE. *Les quasi-contrats administratifs*, París, Sirey, 1995, p. 64.

privado[86] como en derecho administrativo[87], la acción de enriquecimiento sin causa no es aplicada si el empobrecimiento resulta de la culpa del demandante. Así, el Consejo de Estado rechazó la acción por las relaciones contractuales *informales* de las partes que encubrían un propósito de violar las reglas de celebración de los contratos administrativos[88]. Pero con frecuencia el problema es planteado de otra manera por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto, la legitimidad del derecho a la indemnización del actor se apoya en las fallas de la administración que impidieron el perfeccionamiento del contrato. Tal fue el caso de unas obras de construcción de un matadero en el que la alta corporación encontró probada la realización de una licitación, la adjudicación del contrato al actor, su firma y la orden administrativa para comenzar los trabajos, para resaltar luego que la falta de aprobación del contrato por la autoridad de tutela fue la consecuencia de una *falla del servicio*[89]. De igual manera hay un análisis implícito de la falla de servicio cuando el Consejo de Estado afirma que "en el manejo de todas las situaciones de hecho que suelen registrarse antes de firmar los contratos, y que a menudo dan lugar a demandas fundadas en la teoría del enriquecimiento sin causa, se impone siempre una valoración ponderada y seria de la *confianza* que las partes se suscitaron, pues ella viene a ser el soporte fundamental, la filosofía que debe informar la demanda y el fallo" (cursiva original). En efecto, después de la adjudicación y la firma del contrato la administración puso a disposición del actor el terreno para la realización de trabajos y nombró el interventor que le dio la orden de comenzarlos. Sin embargo, el consejo directivo de la entidad contratante revocó la autorización del director por considerar que el contrato nunca se perfeccionó[90].

233. *Inaplicación de la regla de subsidiariedad de la acción in rem verso.* Estas ambigüedades sobre el requisito de la ausencia de causa tuvieron incidencia sobre el segundo requisito jurídico de la teoría, esto es, la subsidiariedad de la acción. Contrariamente a las teorías civil y administrativa francesa, el Consejo de Estado admitía la acción *in rem verso* sin interrogarse sobre la imposibilidad jurídica de ejercer otra acción. Pero con frecuencia, el enriquecimiento de la administración no estaba completamente desprovisto de un origen contractual que debería abrir la vía de la acción correspondiente. Por otro lado, aun si rechazamos todo vínculo contractual, dada la jurisprudencia del Consejo sobre la inexisten-

---

86 Terre, Simler y Lequette. *Droit civil*, cit., p. 792.

87 Moderne. *Les quasi-contrats administratifs*, cit., p. 54.

88 cec, Sección Tercera, 11 de octubre de 1991, Hennio Publicidad Ltda., t. 153, fls. 142 a 198

89 cec, Sección Tercera, 13 de julio de 1993, Hugo Armando Pinto Rojas, t. 199, fls. 31 a 55.

90 cec, Sección Tercera, 10 de septiembre de 1992, Sociedad Suramericana de Construcciones S. A., t. 170, fls. 141 a 194.

cia del contrato no perfeccionado, el análisis de la falla del servicio debería permitir ejercer la responsabilidad extracontractual por medio de la acción de reparación prevista para estos eventos por el procedimiento contencioso.

234. La incertidumbre sobre el rol de la forma y del perfeccionamiento del contrato administrativo parece haber auspiciado en el legislador de la Ley 80 cierto consensualismo de los contratos estatales.

B. CONSENSUALISMO CONTRACTUAL DE LA LEY 80

235. En la exposición de motivos del proyecto de la ley el Gobierno enunció la intención de recuperar la regla general del consensualismo para los contratos de la administración.

> A diferencia del Decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 [del proyecto del Gobierno] establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello produce[91].

Esta concepción fue ratificada durante las discusiones parlamentarias[92] y consagrada finalmente por el artículo 41 de la ley. "Los contratos del Estado, prescribe el artículo, se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito".

236. *¿La forma: requisito "ad probationem" o exigencia de validez del contrato?* Podría pensarse que la exigencia de contrato elevado a escrito constituye un simple elemento de seguridad para la prueba de existencia del contrato, y por consiguiente su inobservancia, siguiendo los principios generales del contrato, no afecta su validez[93]. En efecto, el incumplimiento de este deber no fue consagrado de manera expresa como una causa de nulidad por el artículo 44 de la ley,

---

91 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 110.

92 Ponencia para primer debate en las comisiones 4 del Senado y Cámara, ibíd., p. 151; ponencia para el segundo debate en Senado, ibíd., p. 161, y en Cámara, ibíd., p. 169.

93 TERRE, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil*, cit., p. 118.

que se ocupa de la materia. Sin embargo, la voluntad del legislador parece inclinarse por dar a la forma escrita una condición *ad solemnitatem*.

Pese a ello, la falta de su cumplimiento afectaría la validez del acuerdo y no su existencia. En este punto, la opinión de los autores del *Traité de contrats administratifs* parece aplicable a nuestro derecho. "Es conveniente retener la noción de inexistencia del contrato, afirman, tan sólo en los casos en los que el acto mismo de celebración del contrato no fue sino aparente o en los que realmente no existió"[94]. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado posterior a la Ley 80 parece conservar la noción según la cual el escrito constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato y por lo tanto de existencia del mismo[95].

237. *Consensualismo: garantía de protección del acuerdo de voluntades.* De cualquier manera, la posición del legislador busca la protección del acuerdo de voluntades para ofrecer el máximo de seguridad a las partes contratantes y al intercambio de prestaciones del contrato. Varias disposiciones confirman esta afirmación.

238. *Formalidades de perfeccionamiento y condiciones de ejecución.* En primer lugar, la ley separa las condiciones de perfeccionamiento de las condiciones de ejecución del contrato. El artículo 41, después de definir las formalidades como lo acabamos de ver, establece en su segundo inciso que "para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto".

Esta sutileza en la redacción del artículo cambia por completo las consecuencias del incumplimiento de los deberes de la administración. Bien es cierto que todos los contratos conllevan un gasto público y por ende suponen la existencia de previsiones presupuestales establecidas de manera regular y suficiente para su pago[96]. Pero estas obligaciones se sitúan, según la noción de la Ley 80, en el campo estrictamente presupuestal. El legislador se aproximó así al principio general consagrado por la jurisprudencia francesa según el cual el derecho presupuestal es autónomo con relación al derecho administrativo. "Tiene una esfera propia y por lo tanto las reglas presupuestales tan solo generan consecuen-

---

94 *Traité* t. I, p. 572

95 CEC, Sección Tercera. 18 de septiembre de 1997, Antonio José de Irrisari, t. 353, fls. 37 a 80 y auto del 19 de marzo de 1998, G. Jaramillo y Cía. Ltda., t. 367, fls. 94 a 108.

96 Art. 25.13 Ley 80 de 1993: "Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios".

cias y sanciones en la esfera de este derecho"[97]. Por consiguiente, pese a la importancia de las reglas en la materia, que como veremos limitan la autonomía de la voluntad de la administración (infra n.º 307 y ss.), las irregularidades presupuestales no conllevan la invalidez de los actos contractuales que suponen un gasto, lo que quiere decir que el contrato celebrado por la administración sin las previsiones presupuestales necesarias o antes de la aprobación de la póliza única de garantía es válido y liga a la administración con su contratista[98]. Otro problema, que no afecta al contrato, será la responsabilidad disciplinaria del servidor que suscribió el contrato, por el hecho de la violación de las disposiciones del derecho presupuestal que debía respetar[99].

Podría decirse que, aunque el inciso no establece las formalidades de validez del contrato, subordina su ejecución al cumplimiento de estas exigencias, pero, en realidad, si la administración se niega a ejecutar el contrato invocando la violación del derecho presupuestal compromete su responsabilidad contractual por el incumplimiento de sus obligaciones[100].

La restricción de las formalidades para el perfeccionamiento del contrato así como la supresión de las autorizaciones administrativas y de los controles de tutela refuerzan el consensualismo de los contratos estatales. Lo que es fundamental para su existencia es el acuerdo de voluntades de las partes elevado a escrito. Las otras exigencias formales no afectan entonces su validez[101].

---

97 *Traité*, t. I, p. 474.

98 E. J. Arboleda Perdomo. "La selección del contratista particular", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 173; CEC, Sección Tercera, 3 de febrero de 2000, Confecciones CEM Ltda., t. 415, fls. 380 a 424; 6 de abril de 2000, Jaime Bateman Durán, t. 415, fls. 316 a 347.

99 Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Unico.
Art. 48. *Faltas gravísimas*. Son faltas gravísimas las siguientes:
22. Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes.
23. Ordenar o efectuar el pago de obligaciones en exceso del saldo disponible en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).
24. No incluir en el presupuesto las apropiaciones necesarias y suficientes, cuando exista la posibilidad, para cubrir el déficit fiscal, servir la deuda pública y atender debidamente el pago de sentencias, créditos judicialmente reconocidos, laudos arbitrales, conciliaciones y servicios públicos domiciliarios.
25. No adoptar las acciones establecidas en el estatuto orgánico del presupuesto, cuando las apropiaciones de gasto sean superiores al recaudo efectivo de los ingresos.

100 Art. 50 Ley 80 de 1993: "*De la responsabilidad de las entidades estatales*. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista".

101 CEC, Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 1998, Servicios Generales de la Costa Ltda. Sergec Ltda., t. 377, fls. 255 a 262: la exigencia de publicación del contrato contenida en el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 no es una formalidad que afecte el perfeccionamiento del contrato.

No obstante, el Consejo de Estado ha considerado que la ley orgánica del presupuesto (Dcto. 111 de 1996) modificó los requisitos de perfeccionamiento del contrato de la Ley 80 al prescribir que "todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos"[102]. La aclaración de voto del consejero RICARDO HOYOS DUQUE en el segundo auto citado en la nota precedente se apoya en dos argumentos que ratifican la concepción que hemos expuesto. En primer lugar, el decreto se refiere a los actos, lo que no incluye a los contratos, contrariamente a lo que sostiene la mayoría de la Sala. Pero lo más significativo es la distinción entre los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato, confundidos por el auto. El salvamento de voto recuerda la sentencia C-428 de 1997 de la Corte Constitucional que declaró inexequible el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, que subordinaba el reconocimiento, liquidación y pago de la cesantías parciales o anticipos de cesantía a la existencia de apropiaciones presupuestales disponibles para el efecto. La Corte consideró que, si bien su pago efectivo podía subordinarse a las apropiaciones presupuestales, no así su reconocimiento y liquidación, "pues son actos que apenas hacen explícita una obligación ya existente en cabeza del organismo estatal y, lo más importante, el correlativo derecho del trabajador solicitante, quien, según las normas jurídicas en vigor, si se somete a esos requisitos puede pedir que se le reconozcan y liquiden las sumas que por tal concepto le es posible retirar".

Este argumento parece aplicable a la contratación. Subordinar la eficacia del negocio jurídico a las reglas presupuestales puede permitir a las entidades estatales burlar sus compromisos al desconocer reglas que sólo a ellas, y no al contratista, son aplicables. Esta concepción ha permitido a la alta corporación frustrar acciones ejecutivas contra la administración con apoyo en que la ausencia de apropiación presupuestal genera la inexitencia del contrato y, por ende, del título ejecutivo[103].

---

102 CEC, Sección Tercera. Auto del 27 de enero de 2000, Constructora Bafer Ltda., t. 409. fls. 133 a 153 y 31 de agosto de 2000, t. 429, fls. 110 a 119. J. O. SANTOFIMIO. *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 292. Sobre las exigencias de las normas presupuestales ver el capítulo "Restricciones a la libertad de contratar", infra n.os 306 y ss. DÁVILA VINUEZA. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., p. 376, recuerda que el artículo 60 de la Ley 190 de 1995 hace de la publicación un requisito indispensable para la legalización de los contratos que celebren las entidades públicas, pero considera que esta formalidad adicional no ha de entenderse como requisito de perfeccionamiento y existencia del contrato, sino de ejecución.

103 Sobre la crítica a la concepción del Consejo de Estado, ver DÁVILA VINUEZA. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., pp. 398 y ss.

Por el contrario, el Consejo de Estado considera que las previsiones presupuestales no condicionan la validez de las conciliaciones: "La afectación presupuestal que deba hacerse es un asunto que compete exclusivamente a la entidad que no forma parte del acuerdo, o, al menos, en este caso concreto le es completamente ajeno, por lo cual no puede condicionarse a él la viabilidad del acuerdo conciliatorio"[104]. De igual manera, frente a la falta de disponibilidad presupuestal en el acta de liquidación por mutuo acuerdo y del saldo que falte por pagar del sobreprecio, la alta corporación establece "que esta es una carga de la administración, en cuanto que el municipio demandado se [encontraba] obligado a realizar los trámites necesarios para la apropiación presupuestal, como lo ha decidido la Sala en anteriores oportunidades[105-106].

239. *Deber de corrección de las irregularidades contractuales.* Una segunda manifestación de proteger particularmente el acuerdo de voluntades es el tratamiento de las irregularidades en la celebración del contrato. El carácter instrumental de los procedimientos administrativos obliga a los funcionarios a buscar la efectividad del derecho sustantivo[107], es decir los principios de fondo establecidos por la ley. Bajo esta lógica, el artículo 49 les impone el deber de corrección de los vicios de procedimiento o de forma. "Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad, afirma el artículo, y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio".

239a. *Nulidades relativas.* Ahora bien, el esfuerzo por validar los actos no se limita a los procedimientos administrativos previos a la celebración del contrato. El legislador quiso también proteger el acuerdo de voluntades a través de la restricción de las nulidades contractuales y sus efectos. Tradicionalmente, las nulidades relativas han tenido una aplicación restringida en los contratos administrativos. En derecho privado, estos tipos de nulidades están establecidos para la protección de los intereses privados de las partes, de los cuales éstas pueden disponer. Las nulidades relativas buscan la protección de la manifestación de voluntad de las partes a través de la exigencia de la capacidad y el consentimiento

---

104 CEC, Sección Tercera, auto del 18 de julio de 2002, Unión Temporal Hidrocaña, t. 488, fls. 367-380.

105 Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 4 de mayo de 2000, expediente:17.973, actor: Sociedad J. R. Ingenieros Ltda. Reitera auto de 20 de agosto de 1998.

106 CEC, Sentencia del 4 de septiembre de 2003, Sección Tercera, Constructora Vargas Ltda., t. 537, fls. 149-170.

107 Ver las manifestaciones del principio de economía en el "Capítulo preliminar", supra n.º 57.

exentos de vicios (error, fuerza y dolo). Pero ninguna regla de orden público se opone a que, pese al consentimiento viciado del contratante o de su incapacidad, éste decida confirmar la convención o validarla por su silencio. Es por ello que la ley autoriza solamente a la parte afectada a invocar la nulidad y en un plazo relativamente breve[108]. Por el contrario, en los contratos administrativos esta institución es aplicable de manera integral solo al contratista. La administración contratante no es libre de disponer de los intereses en juego; las reglas de competencia, así como los procedimientos reglados de formación de su voluntad, son de orden público y las irregularidades de su manifestación constituyen nulidades absolutas.

Este enfoque esencial del contrato administrativo fue modificado por la Ley 80 por cuanto dio un amplio juego a la aplicación de la nulidad relativa en su artículo 46, según el cual los vicios distintos de los calificados por el artículo 45 como nulidades absolutas constituyen nulidades relativas que pueden ser saneadas expresamente por la parte interesada, o de manera implícita por el paso de dos años a partir de la aparición del hecho generador del vicio.

En este sentido, constituye una significativa evolución la sentencia del 11 de abril de 2002 en la que el Consejo de Estado dio plena aplicación a los principios de derecho privado sobre la ratificación del poder para contratar y sus alcances. El alcalde de un municipio otorgó poder amplio y suficiente a un abogado para conciliar frente a un litigio sobre un contrato de obra. A falta de acuerdo conciliatorio, las partes firmaron un compromiso para convocar un tribunal de arbitramento, pero una vez proferido el respectivo laudo, la sociedad contratista ejerció contra él el recurso de anulación, fundada, entre otros argumentos, en que el apoderado del municipio había firmado el compromiso sin poder para ello.

El Consejo de Estado, luego de declarar la existencia de un compromiso en el acta de conciliación firmada por las partes y la evidente falta de poder del mandatario del municipio para suscribir el acuerdo compromisorio, recordó las diferencias entre el poder y la capacidad jurídica, resaltando que "cuando se obra con falta o exceso de poder, no estamos ante un problema de incapacidad, dado que no se discute la concurrencia de capacidad jurídica en quien es parte en el contrato. La situación es otra y alude, como lo explica el mismo autor[109], al surgimiento o no surgimiento de obligaciones para el poderdante".

---

108 Terre, Simler y Lequette. *Droit civil,* cit., pp. 310 y ss.

109 El Consejo de Estado se refiere a Gabriel Escobar Sanín. *Negocios civiles y comerciales I. Negocios de sustitución*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pp. 202 y 203.

Sobre esta base, la sentencia "concluye que, en el caso concreto, el abogado suscribió el negocio jurídico de compromiso con la sociedad M. D. Ingenieros Ltda., excediendo las facultades otorgadas por el representante legal del Municipio de La Mesa. Este negocio, entonces, en principio, no obligaba a dicha entidad territorial. No obstante, se observa que el 26 de enero de 2000, esta última solicitó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Girardot, por medio de apoderado legalmente designado, la integración de un tribunal de arbitramento, para que resolviera la controversia contractual surgida con la citada sociedad, referida, concretamente, a la liquidación del contrato 064-97-HG, suscrito el 19 de septiembre de 1994; así, al formular las pretensiones respectivas, el apoderado del Municipio solicitó al tribunal que procediera a efectuar dicha liquidación (1 a 8 del c. ppal. y 2 a 9 del cuaderno 2).

"No cabe duda, entonces, de que el 26 de enero de 2000 el Municipio de la Mesa ratificó tácitamente el negocio jurídico de compromiso celebrado el 30 de julio de 1999, por su apoderado, excediendo las facultades conferidas. En aquella fecha, por lo demás, no se había producido la disolución del negocio por mutuo disenso de las partes, ni por decisión unilateral de M. D. Ingenieros Ltda., sociedad que, en todo caso, debía conocer los términos del poder conferido a favor del señor Bolaños y, seguramente, no habría podido alegar buena fe exenta de culpa.

"Así las cosas, es claro que el negocio jurídico de compromiso celebrado el 30 de julio de 1999 no es nulo y, habiendo surgido a la vida jurídica 'en estado de pendencia', obligó al Municipio de la Mesa el 26 de enero de 2000, cuando dicha entidad territorial lo ratificó tácitamente"[110].

Esta concepción privatista del Consejo de Estado nos obliga a interrogarnos sobre los límites de la aplicación de las nociones de derecho privado. ¿Puede en efecto abordarse el problema planteado en este caso desde el punto de vista de la capacidad y la representación, dejando de lado el análisis de sus diferencias con la competencia y la delagación? El compromiso, en su calidad de contrato, debería en principio estar regido por las reglas legales exigidas para la suscripción de los contratos estatales. En este sentido, hemos visto que el artículo 11 de la Ley 80 define quiénes tienen competencia para celebrar contratos en nombre de las entidades estatales[111], y que de manera precisa es-

---

110 CEC, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2002, Ministerio Público y la sociedad M.D. Ingenieros Ltda. Rad. 11001-03-26-000-2001-0058 01.

111 Supra n.º 194 y ss.

tablece que en el caso de los municipios la tienen los alcaldes (num. 3 b). Igualmente recordamos que en virtud de los artículos 12 y 25, num. 10 de la Ley 80 y del artículo 37 del Decreto-Ley 2150 de 1995, esta competencia puede ser délegable pero sólo *en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes*[112]. Por consiguiente, en principio, la facultad de comprometer contractualmente a las entidades estatales obedece a reglas particulares distintas de los principios de ejercicio de la capacidad privada a través de la representación. La validez del contrato suscrito por una persona externa a la administración, admitida por el Consejo de Estado en esta sentencia, invita a reflexionar sobre los alcances de las posibilidades de saneamiento de errores en la celebración de los contratos.

Con todo, no hay que exagerar la amplitud de la nulidad relativa. Pese al texto y la intención del legislador de validar los acuerdos viciados con ciertas irregularidades, el numeral 4 del artículo 44 establece que los contratos son absolutamente nulos cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten". Ello significa que por lo menos en los contratos precedidos de licitación la posibilidad de *regularizarlos* es restringida.

240. *Efectos de la declaración de nulidad absoluta del contrato.* Hay que anotar, en fin, la transformación de los efectos de la declaración de nulidad absoluta de los contratos que protege al contratista. Antes de la Ley 80 el juez administrativo declaraba que "los efectos de la nulidad absoluta de un negocio jurídico originada por objeto o causa ilícitos son drásticos para las partes del contrato y se enuncian diciendo que este no puede generar acción ni excepción, o, lo que es igual, que ninguno de los contratantes podrá intentar sacar provecho alguno de dicho negocio anómalo, bien como demandante o como excepcionante"[113]. Pero el artículo 48 de la Ley 80 determinó que "la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria". Más aún, "habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".

---

112 Supra n.º 201.

113 CEC, Sección Tercera, 15 de noviembre de 1991, Carlota Amparo Restrepo Jaramillo, t. 146, fls. 165 a 184.

241. Se trata de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, como lo había reconocido ya el Consejo de Estado en algunas decisiones[114], lo cual cambia el derecho positivo para aproximarse a la jurisprudencia francesa[115]. El Consejo de Estado reconocía así las compensaciones económicas significativas a los contratistas, quienes se ven menos expuestos a los riesgos de nulidad que no les son imputables[116].

Este clima de protección y de seguridad jurídica se refuerza con la jurisprudencia general posterior a la Ley 80, sobre el enriquecimiento sin causa.

C. JURISPRUDENCIA ACTUAL

242. *Tendencias contradictorias.* En este tema, como en otros, no es fácil concluir sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado. Aún en el año 2003 la mayoría de sentencias juzgaban contratos celebrados bajo el Decreto 222 de 1983. Dados los cambios significativos que acabamos de ver, las decisiones fundadas sobre el enriquecimiento sin causa deberían ser menos numerosas en los próximos años.

Sin embargo, es interesante analizar las sentencias posteriores a la Ley 80 porque la alta corporación parece cambiar su manera de abordar el problema y los fundamentos de la teoría del enriquecimiento sin causa, aunque su concepción teórica no ha cambiado.

Aunque el Consejo de Estado ve en el *contrato estatal un contrato formalista* (1), nos podemos interrogar si su *manera de aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa no constituye una aceptación implícita del consensualismo* (2).

1. EL CONTRATO ESTATAL: UN CONTRATO FORMALISTA

243. *Solemnidad de las formas.* El Consejo de Estado se muestra muy estricto en la exigencia del respeto de las formas contractuales impuestas por el legislador. Se trata de formalidades de orden público establecidas para la protección de la administración y del gasto público. Por consiguiente, su violación conlleva consecuencias muy graves para las partes. Así, no solamente rechazó la validez de

---

114 CEC, Sección Tercera. 25 de noviembre de 1994, Hernán Ruiz Bernal, t. 261, fls. 379 a 396; 13 de abril de 1999, Consorcio Carlos González Venegas y Luis Guillermo Arévalo C., t. 394, fls. 11 a 60.

115 MODERNE. *Les quasi-contrats administratifs*, cit., pp. 74 a 76.

116 CEC, Sección Tercera. 31 de enero de 1997, Procuraduría General de la Nación, t. 327, fls. 109 a 153; 4 de septiembre de 1997, José Vicente Torres Osorio Cia. Ltda., t. 346, fls. 221 a 249; 7 de septiembre de 1998, Ingeniería y Telemática G & C. Ltda., t. 380, fls. 37 a 88; 10 de diciembre de 1998, Postelectras Ltda, t. 386, fls. 220 a 256; 15 de febrero de 1999, José Manuel Largo Largoü, t. 389, fls. 323 a 334; 28 de junio de 1999, Inversiones Córdoba Ltda, t. 399, fls. 68 a 107.

un contrato celebrado después de la ejecución de las prestaciones, sino también el reconocimiento del enriquecimiento sin causa. La flexibilidad ofrecida por el artículo 41 de la Ley 80 sobre el perfeccionamiento del contrato no puede legitimar la omisión de exigencias impuestas por el legislador[117].

244. *El respeto de las formas: una carga contractual.* En los términos de la jurisprudencia, el enriquecimiento sin causa debe ser excepcional. No es posible su aplicación sino cuando el actor prueba todos sus elementos y si su comportamiento está exento de culpa durante la celebración del contrato. La empresa que afirmaba haber construido una represa para un acueducto municipal por haber recibido la autorización verbal del alcalde no obtuvo el reembolso de sus gastos por no haber probado dicha autorización así como la amplitud de los trabajos realizados. Más allá del problema probatorio, el Consejo de Estado resalta que los particulares que aspiran a tener relaciones contractuales con la administración deben tener en cuenta las cargas jurídicas, en particular la exigencia legal de un contrato redactado por escrito. Por consiguiente, el desconocimiento de esas cargas los expone al rechazo del pago de sus prestaciones ejecutadas sin contrato válidamente celebrado[118].

---

117 CEC, Sección Tercera. Auto del 19 de marzo de 1998, G. Jaramillo y Cia., t. 367, fls. 94 a 108: "… el artículo 41 de la Ley 80 alude el perfeccionamiento del contrato una vez se logre 'el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se lleve a escrito' […] Para la ejecución del contrato esa norma exige la aprobación de las garantías, lo cual sólo es factible realizar, obviamente, una vez el contrato esté perfeccionado, es decir suscrito. Síguese entonces que no es jurídicamente posible, o es por lo menos una enorme –si no torpeza– irregularidad suscribir un contrato cuando ya el objeto contractual se ejecutó, es decir cuando ya el servicio se consumió, como sería para el caso *sub examine*. Y lamentablemente así sucede en el *sub judice* para los contratos que sí tienen fecha. El visible al fl. 94, alude a un objeto contractual a prestarse durante todo el mes de agosto de 1995, sin embargo se suscribió el 6 de septiembre de ese año. El contrato visible al fl. 109 se refiere a unos servicios de publicidad a prestarse durante el mes de septiembre de 1995 pero se suscribió el 10 de octubre de 1995, y otro tanto sucede con el contrato que figura en el folio 126. Esos contratos fueron celebrados luego de ejecutados. En este hecho puede existir falta disciplinaria que amerite sancionarse o delito que deba investigarse. La Sala ordenará que los organismos competentes asuman con diligencia una investigación sobre este aspecto".

118 CEC, Sección Tercera. 4 de mayo de 1998, Luis José Dumar Perdomo, t. 370, fls. 270 a 290. "Se debe advertir entonces, señala el Consejo de Estado, que el ejercicio de la autonomía privada de los particulares implica además cargas, entre otras de legalidad y de advertencia, para los sujetos involucrados en el tráfico jurídico. Dicho en otros términos: quien participa en él y aspira a que su comportamiento adquiera relevancia jurídica y produzca efectos vinculantes de naturaleza negocial ha de cumplir con las cargas de legalidad, que para el caso no son otras que el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por la ley contractual para la conclusión del contrato. La inobservancia de dicha carga genera consecuencias desfavorables o perjudiciales para el sujeto toda vez que sus actos dispositivos no son recibidos y patrocinados por el ordenamiento jurídico, como que ante dicha situación la consecuencia es de sanción adversa en punto de eficacia y relevancia jurídicas. Y en lo atinente a la carga de advertencia, no está de más anotar que si bien es cierto dentro de las relaciones negociales la tutela de la confianza ajena goza de protección legal, como que esa es la razón de ser del principio de la buena fe, no lo es menos que el comportamiento ha de estar enmarcado dentro de una elemental y

245. En ciertos campos el juez administrativo se muestra particularmente exigente. Tal es el caso de las concesiones de explotación de los dos monopolios departamentales: las loterías y la fabricación y/o distribución de licores, contratos por montos elevados que han dado lugar a múltiples investigaciones disciplinarias y penales por las irregularidades en su adjudicación y en su ejecución. El Consejo de Estado se muestra especialmente estricto en el análisis y reconocimiento del enriquecimiento sin causa y ha rechazado con frecuencia la aplicación de esta teoría a contratos irregularmente celebrados. Así, afirmó en una sentencia, el juez no puede ignorar las exigencias legales y pasar por alto las irregularidades de un contrato que, pese a su firma, no fue perfeccionado porque el contralor puso de presente que la póliza de garantía no cubría todo el término de ejecución del contrato, como lo exige la ley[119]. Más riguroso se mostró en otro caso en el que tampoco aceptó la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa porque el contrato de distribución de licores tenía fallas en su perfeccionamiento. Con exceso de celo y de rigorismo, la autoridad de tutela había negado la aprobación del contrato porque el aviso de la licitación había sido publicado seis días *antes* del plazo establecido por la ley[120].

246. *Un principio poco aplicado.* Sin embargo, la sanción por el no respeto de las formas brilla por su ausencia en muchas sentencias y la jurisprudencia protege particularmente al contratista. En un caso como en el otro, el Consejo de Estado parece ubicarse fuera del campo de la teoría del enriquecimiento sin causa.

2. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y CONSENSUALISMO

247. *Desbordamiento de la teoría.* La jurisprudencia administrativa parece desbordar la teoría del enriquecimiento sin causa para proteger el compromiso contractual, con independencia del respeto de las formas establecidas por la ley. Esta protección del contratista se manifiesta tanto en la *importancia dada a la falla de la administración* (a) como en la protección *del intercambio objetivo de prestaciones* (b)[121].

---

mínima conducta diligente, so pena de que la conducta del sujeto no sea merecedora de tutela, esto es, no despliegue eficacia, como que también en este punto la participación en el tráfico y el principio de autorresponsabilidad indican y sugieren que el no empleo de una diligencia media traiga de suyo la ineficacia del acto dispositivo de intereses".

119 CEC, Sección Tercera. 26 de septiembre de 1996, Comercializadora Arbeláez y Cía., t. 320, fls. 298 a 325.

120 CEC, Sección Tercera. 8 de marzo de 1999, Gonzalo Jara Vergara, t. 392, fls. 73 a 123.

121 Ver, en complemento de esta sección, la jurisprudencia sobre modificaciones de los términos de ejecución del contrato sin orden regular (Infra n.º 579 y ss.).

a. FALLA DEL SERVICIO

El Consejo de Estado aplica la teoría del enriquecimiento sin causa pese al comportamiento culposo de la administración en la celebración del contrato o en su perfeccionamiento.

248. *Fallas en la celebración del contrato.* Con frecuencia la jurisprudencia resalta la falla del servicio que impidió la celebración correcta del contrato. La responsabilidad administrativa se centra en realidad en el comportamiento culposo de la entidad contratante al momento de celebrar el contrato y no en el enriquecimiento sin causa. Es el caso de un fresco pintado en la cúpula del Congreso de la República encargado a un artista. El Consejo de Estado hace el análisis de los hechos para concluir que fue la falla administrativa la que impidió el perfeccionamiento del contrato. Después de haber dado su aprobación para la realización de la obra de arte y la orden de comenzarla, el presidente del Senado solicitó la autorización del director de inmuebles nacionales. Al mismo tiempo, el director general del consejo técnico del Senado enviaba el contrato al director administrativo del Senado para su autorización. Obtenidas éstas, el expediente fue enviado al Ministerio de Gobierno para su firma, y éste solicitó a su turno la autorización del Consejo de Ministros. Pero éste rechazó el contrato al constatar que los trabajos objeto del mismo se habían ya realizado.

Si el Consejo de Estado hubiese aplicado el razonamiento que lo condujo a rechazar el pago de las obras de la represa de la sentencia citada arriba[122], debería haber considerado que el artista contratista tenía la carga jurídica de esperar el cumplimiento de todas las aprobaciones necesarias antes de comenzar su obra, y negar así toda indemnización. Por el contrario, la corporación se mostró más flexible en este caso al considerar que la imposibilidad de perfeccionamiento del contrato era atribuible exclusivamente a la administración y su funcionamiento burocrático, y no al contratista[123].

De igual manera, el juez administrativo reconoció el enriquecimiento sin causa en un contrato que no se perfeccionó por la falta de su aprobación por el tribunal administrativo. La sentencia resalta que el rechazo fue la consecuencia de una falla del servicio, por cuanto el expediente no incluía la certificación de autorización de contratar expedida por el consejo de dirección de la entidad contratante. Sin embargo, la administración no realizó ninguna gestión para completar la información requerida por el tribunal, de tal suerte que fue esta falta la que impidió el perfeccionamiento del contrato[124].

---

122 Supra n.º 244.
123 CEC, Sección Tercera. 28 de enero de 1994, José Ramón Vásquez Arroyabe, t. 217, fls. 314 a 324.
124 CEC, Sección Tercera. 26 de septiembre de 1996, C. y C. Ltda., t. 320. fls. 334 a 365.

En otro caso el Consejo de Estado rechazó incluso la condena parcial, pedida por el Ministerio Público en consideración a la culpa del particular que había ejecutado la gerencia de un proyecto de alcantarillado de un municipio durante un año sin ningún contrato que lo respaldara, procedimiento que necesariamente sabía irregular por cuanto había ya celebrado otros contratos con el municipio, con lo cual conocía los requisitos legales. El Consejo de Estado reprochó solemnemente este proceder irregualar pero reconoció la indemnización integral tras poner de relieve la *realidad fáctica* que permite constatar "una muy criticable costumbre de hacer que los contratistas de las entidades estatales desarrollen labores adicionales de aquellas para las cuales inicialmente fueron contratados, con la promesa de que luego se suscribiría el respectivo contrato"[125].

249. *Fallas precontractuales.* El análisis del comportamiento de las *partes* va cada vez más en dirección de la responsabilidad precontractual sobre la base de la culpa, es decir que el análisis de la ausencia de culpa del particular, exigido en la teoría del enriquecimiento sin causa, se reemplaza por el estudio del comportamiento de la administración quien *culposamente* auspicia la realización de prestaciones sin que exista un contrato... perfeccionado.

Esta manera de justificar la indemnización la encontramos en el caso siguiente. El Congreso de la República celebró un contrato con una empresa para la limpieza del Capitolio. Celebrado inicialmente por un año, el contrato se renovó por un año más, al final del cual el contratista continuó prestando sus servicios. Frente al rechazo de su pago con el argumento de la ausencia de contrato, el contratista demandó al Congreso. El Consejo de Estado aplicó la teoría del enriquecimiento sin casa centrando su análisis sobre el comportamiento culposo de la entidad contratante. En efecto, resalta que la administración engañó deshonestamente a su contratista cuando le prometió un nuevo contrato y lo autorizó de manera expresa a continuar la prestación de servicios. En realidad, durante el proceso se probó que el Congreso había ya tomado la decisión de no renovar el contrato e incluso realizaba gestiones para escoger un nuevo contratista.

El Consejo de Estado concluye que el Congreso quiso asegurar la continuidad del servicio a través de la promesa de renovación del contrato mientras terminaba el proceso de selección del nuevo contratista. Bajo este análisis su comportamiento culposo se encuentra en la base de la responsabilidad, y no el enriquecimiento sin causa.

---

125 CEC, Sección Tercera. 10 de agosto de 2000, G. P. Gerencia de Proyectos Ltda, t. 427, fls. 36 a 53.

250. Este razonamiento implícito se encuentra de manera explícita en otras sentencias. Así, el DATT contrató con una empresa la realización de una campaña publicitaria por televisión. Tras varios intercambios de información, de reuniones de trabajo y de ajustes técnicos, la empresa realizó la difusión de varios mensajes según los *acuerdos*, pero el contrato nunca se firmó. Para reconocer la indemnización a favor de la empresa publicitaria el Consejo de Estado da una importancia fundamental a la confianza que la administración auspició en su futuro colaborador como elemento fundamental de la teoría del enriquecimiento sin causa. La administración no respetó entonces el principio de la buena fe, afirma el Consejo de Estado, al estimular la ejecución de un contrato que no pudo ser perfeccionado por su culpa. Sería injusto, concluye la sentencia, castigar la buena fe del particular, quien tuvo confianza en la palabra de la entidad contratante, y hacerle sufrir todas las consecuencias de los formalismos administrativos internos que él no está obligado a conocer[126].

Este tratamiento indulgente de las *cargas jurídicas del contratista* fue ratificado por la sentencia del 13 de agosto de 1998 sobre el transporte de material de obra suministrado por una empresa a la ciudad de Ibagué por encargo verbal del secretario de obras públicas del municipio. El Consejo de Estado reconoció el enriquecimiento sin causa porque la administración incitó al particular a realizar los trabajos y porque según el artículo 83 de la Constitución hay que presumir su buena fe[127].

251. *Verdadero fundamento jurídico de las indemnizaciones.* El análisis del comportamiento de las partes no es homogéneo en la jurisprudencia y el actor no puede conocer de antemano las consecuencias de los errores en el perfeccionamiento del contrato. A veces el juez administrativo se muestra severo con el particular y rechaza la acción *in rem verso* por defectos como los casos vistos sobre la aprobación de pólizas por el término exacto del contrato o la publicación anticipada del aviso de licitación, caso en el cual el Consejo de Estado asume un formalismo extremo por cuanto paradójicamente el error acentuaba la publicidad de la licitación. Pero en otras circunstancias la jurisprudencia se muestra severa con la administración e indulgente con el contratista. El Consejo de Estado protege cada vez más los *acuerdos irregulares* argumentando el enriquecimiento sin causa.

---

126 CEC, Sección Tercera. 29 de enero de 1998, Oti de Colombia, Ltda., t. 362, fls. 129 a 152

127 CEC, Sección Tercera. 13 de agosto de 1998, Alfonso Rubio, t. 378, fls. 84 a 96. En el mismo sentido, el Consejo de Estado aplicó la teoría del enriquecimiento sin causa en un contrato, terminado unilateral y lícitamente por la administración pero que fue prorrogado de hecho por cuanto el contratista continuó ejecutando prestaciones con la autorización implícita de la entidad contratante. CEC, Sección Tercera. 7 de septiembre de 1998, Ingeniería y Telemática G & C. Ltda., t. 380, fls. 37 a 88.

b. INTERCAMBIO OBJETIVO DE PRESTACIONES

252. El Consejo de Estado ensancha también la indemnización por enriquecimiento sin causa al analizar, no la falla de la entidad contratante, sino el intercambio objetivo de prestaciones, con independencia de los defectos formales del contrato.

Podemos identificar esta forma de razonamiento cuando afirma que "la pretensión por enriquecimiento sin causa tiene su fundamento básico, en casos como el que ahora ocupa a la Sala, en la prestación de un servicio, el suministro de bienes o la confección de alguna obra en beneficio del ente público, sin que el prestador de tales servicios, suministrador de bienes o constructor de la obra hubiere obtenido la *contraprestación* equitativa que gobierna el intercambio de bienes y servicios" (cursiva fuera de texto)[128].

Más recientemente la alta corporación ha reforzado esta idea en un caso de obra pública sin contrato celebrado. Según el análisis del Ministerio Público, compartido expresamente en la sentencia, "más que de una relación contractual se debe hablar de una de hecho, relación que le da sustento a la *actio in rem verso* si se entiende –como en estricto sentido jurídico debe hacerse– que el enriquecimiento sin causa, como fuente de derechos y obligaciones, tiene la categoría de hecho". Y sin embargo, la descripción de los hechos del litigio nos hace pensar más en una relación contractual. En efecto, el mismo concepto del Ministerio Público describe cómo "la administración, apremiada por el cumplimiento de sus compromisos con la comunidad del barrio Ciudad Bolívar, acordó y ordenó a un constructor la ejecución de unas labores que –a pesar de las promesas de la propia administración– nunca tuvieron respaldo en un contrato administrativo debidamente perfeccionado"[129].

253. *Desbordamiento de la teoría*. Estas decisiones serían la aplicación clásica de la teoría del enriquecimiento sin causa si la indemnización reconocida a los demandantes fuese parcial. Pero en todos los casos el Consejo de Estado reconoce una indemnización integral, y con ello implícitamente reconoce un acuerdo de voluntades generador de efectos jurídicos, es decir, un contrato. El Consejo de Estado desplaza así el problema del enriquecimiento sin causa por cuanto el demandante no realiza un *gasto* que obliga a la administración a *reembolsar* por ausencia de causa jurídica, sino una *prestación* que ésta *paga* a aquel. En otros términos, se trata de una relación de hecho que se reconoce como

---

128 CEC, Sección Tercera. 25 de octubre de 1991, Sococo S. A. Soc. Colombiana de Constructores, t. 143, fls. 384 a 400.

129 CEC, Sección Tercera. 4 de julio de de 1997, Pavimentos America Ltda., t. 341, fls. 180 a 207.

contractual, lo que nos lleva a concluir que en lugar de la acción *in rem verso* el Consejo de Estado consagra un consensualismo contractuactual[130].

Tanto en derecho privado[131] como en derecho administrativo[132], la existencia de un enriquecimiento sin causa otorga derecho a una compensación económica limitada. Partiendo de la base fundamental de la teoría de la existencia de un empobrecimiento *correlativo* a un enriquecimiento, se debe considerar que hay una transferencia objetiva del patrimonio de quien se empobrece al patrimonio de quien se enriquece. Por esta razón la acción correspondiente es la *in rem verso*, que se traduce en un simple restablecimiento aritmético de la situación original. Por consiguiente, la restitución reconocida al empobrecido tiene una doble limitación. Por una parte, no puede sobrepasar el monto del enriquecimiento efectivo, es decir, la plusvalía generada en el patrimonio del enriquecido. Y por otra, no puede sobrepasar tampoco el empobrecimiento del demandante, esto es, el valor de disminución de su patrimonio. El empobrecido no podrá entonces reclamar sino su empobrecimiento efectivo, lo que limita la indemnización por cuanto el lucro cesante no le es reconocido.

Este reequilibrio objetivo de patrimonios, esencial en la acción *in rem verso*, constituye la diferencia fundamental entre el enriquecimiento sin causa y el contrato, como lo había establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado en el pasado. En efecto, la alta corporación reconocía al demandante la restitución de lo que había pagado "hasta concurrencia de su empobrecimiento"[133] pero, pese a actualizar el monto del empobrecimiento hasta la fecha de la sentencia, rechazaba el reconocimiento de intereses[134] y de otras formas de lucro cesante por cuanto "la condena se produce es a título de restitución, en ningún caso de indemnización por perjuicios"[135]. "La acción *in rem verso*, explicaba el Consejo de Estado en otro caso, no es una acción indemnizatoria o resarcitoria sino compensatoria"[136].

---

130 Esta interpretación se confirma con una sentencia en la que el alto Tribunal reconoce la falta de unidad de la jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa para concluir que en los casos en que hay acuerdo de voluntades sin cumplir con las formalidades de perfeccionamiento del contrato la acción pertinente es la acción contractual. CEC, Sección Tercera, 6 de abril de 2000, Jaime Bateman Durán, t. 415.

131 TERRE, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil*, cit., pp. 791 y ss.

132 MODERNE. *Les quasi-contrat administratifs*, p. 37.

133 CEC, Sección Tercera. 11 de diciembre de 1984, Madriñan Micolta y Cía. Ltda. Patrol, t. 56, fls. 389 a 401.

134 Idem: "No accederá la Sala al reconocimiento de intereses a la tasa del 6% anual desde el 25 de agosto de 1982, porque la condena se hará a título de restablecimiento del equilibrio roto por el enriquecimiento estudiado y no a título de perjuicios".

135 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1991, Olivetti Colombiana S. A., t. 138, fls. 205 a 227; 24 de septiembre de 1992, Hugo Armando Pinto Rojas, t. 199, fls. 31 a 55; 24 de septiembre de 1992, Jaime Uscátegui Borráez, t. 171, fls. 248 a 275.

Por el contrario, el Consejo de Estado no ve hoy un problema de reequilibrio objetivo de patrimonios, sino una verdadera responsabilidad derivada del principio general de responsabilidad administrativa del artículo 90 de la Constitución que exije, cualquiera sea su régimen –como lo recuerda la misma corporación– "la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación"[137]. Sin embargo, en el enriquecimiento sin causa no puede haber una acción u omisión, imputable a la administración y generadora del perjuicio, ni tampoco un título jurídico de imputación, ya que la *actio in rem verso* reposa justamente sobre la ausencia de causa jurídica del enriquecimiento y del empobrecimiento correlativo, uno y otro no pueden ser jurídicamente imputables, atribuibles a la administración.

Con todo, el Consejo de Estado ha insistido en su posición al "precisar que, si bien en el derecho privado se han querido diferenciar las figuras del enriquecimiento sin causa y la responsabilidad[138], en el derecho público colombiano tal distinción es difícil de establecer cuando se advierte que una característica definidora de la primera es su naturaleza subsidiaria, esto es, que sólo procede a falta de una acción expresamente conferida por el ordenamiento jurídico, y es sabido que la vía procesal indicada para plantearla al juez administrativo es la misma indicada para los asuntos de responsabilidad (acción de reparación directa, art. 86 CCA).

"Por tal motivo, concluye el Consejo de Estado, el enriquecimiento sin causa a favor de la administración es una modalidad de imputación que permite aplicar las normas de responsabilidad patrimonial del Estado"[139]. Sin embargo, aun cuando se considere que el principio del artículo 90 de la Constitución brinda tan amplios títulos de imputación del daño antijurídico que permite incluir en ellos el enriquecimiento sin causa como fuente de la responsabilidad administrativa, ello no conlleva la consagración de la indemnización plena del empresario que no llegó a ser contratista de la administración. El principio constitucional de responsabilidad administrativa es general y no se matricula en ningún régimen particular, como lo ha recordado claramente la Corte Constitucional[140], así como tampoco se matricula en ningún régimen indemnizatorio.

---

136 CEC, Sección Tercera. 16 de abril de 1993, Hernando Cruz Romero, t. 190, fls. 1 a 18.

137 CEC, Sección Tercera. 8 de mayo de 1995, Constructora Cárdenas y Maya Ltda., t. 277, fls. 290 a 318.

138 En tal sentido LUIS DÍEZ-PICAZO. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999, pp. 48 y ss.

139 CEC, Sección Tercera. 19 de julio de 2000, Oliverio Samudio, t. 423, fls. 283 a 314.
En igual sentido, auto del 25 de julio de 2002, Servicios Hidráulicos de Colombia, t. 489, fls. 363-373.

140 Ver infra n.º 155.

254. *Remuneración de prestaciones.* La jurisprudencia posterior a la Ley 80 reconoce, de manera constante, el lucro cesante y toda otra forma de perjuicio soportado por el contratista[141]. Con estas decisiones la jurisprudencia parece abandonar el campo de la teoría del enriquecimiento sin causa para reconocer implícitamente el incumplimiento de un contrato. No estamos entonces frente a una *compensación* de un patrimonio empobrecido sin una causa jurídica, sino frente al *pago* de una prestación a la que hay que adicionar el valor de los perjuicios originados en el rechazo del pago por parte de la administración contratante. En otros términos, el fundamento jurídico de la indemnización no es *objetivo*, sobre la base de un enriquecimiento sin causa, sino *subjetivo*, sobre la base del incumplimiento de obligaciones contractuales.

No se puede explicar jurídicamente de otra manera el enriquecimiento del demandante que, gracias a la sentencia, obtiene una *ganancia* que carece de fuente jurídica. Si el reconocimiento del lucro censante a él concedido no tiene origen en un contrato, la sentencia genera un enriquecimiento sin causa a su favor y un empobrecimiento correlativo de la entidad estatal contratante.

Esta lógica contractual implícita se manifiesta en un caso en el que el Consejo de Estado se concentró en la actitud de la administración, que incitó al demandante a realizar unos trabajos de topografía que finalmente no fueron ni recibidos ni pagados por las posteriores administraciones departamentales. Con fundamento en principios constitucionales, el alto tribunal encuentra que la "confianza legítima que el Estado propugna con sus conductas tiene que tener un efecto vinculante en las relaciones sociales"[142]. No obstante, pone de presente que la ausencia de contrato obliga el juzgamiento bajo la teoría del enriquecimiento sin causa. El problema, sin embargo, es que en realidad no puede deducirse tal enriquecimiento por cuanto la entidad no recibió los trabajos de topografía y por lo tanto no le generaron provecho alguno. En el fondo el Consejo de Estado parece reconocer la existencia informal del contrato. Por una parte, todo el análisis del *empobrecimiento* del demandante se concentra en el análisis del peritazgo sobre la evaluación comercial de los trabajos realizados, lo que al igual que en otros casos tiende más a la apreciación de un *precio* que a la de un *empobrecimiento*. Y por otra

---

141 CEC, Sección Tercera. 28 de enero de 1994, José Ramón Vásquez Arroyabe, t. 217, fls. 314 a 324 (pago integral de los honorarios propuestos por un pintor en las tratativas precontractuales); 20 de marzo de 1997, Colombiana de aseo S. A., t. 333, fls. 1 a 13 (indemnización integral por servicios de aseo); 4 de julio de 1997, Pavimentos América Ltda., t. 341, fls. 180 a 207 (pago de trabajos realizados según monto fijado por el proponente en su oferta); 29 de enero de 1998, OTI de Colombia, Ltda., t. 362, fls. 129 a 152 (pago integral por publicidad de televisión); 13 agosto de 1998, Alfonso Rubio., t. 378, fls. 84 a 96 (pago integral del trasporte de materiales para una obra pública).

142 CEC, Sección Tercera. 8 de noviembre de 2001, Armando Gaitán Garzón, t. 468, fls. 93 a 126.

parte, el alto tribunal encuentra que la compensación del *empobrecimiento* soportado por el demandante ha de incluir no sólo su actualización sino los beneficios que dejó de percibir[143], lo que nos inclina a pensar que la condena corresponde más a una indemnización plena por incumplimiento contractual. La flexibilidad del tratamiento ante situaciones informales que representan sumas importantes para la administración[144] no deja de contrastar frente al rigor que muestran otras decisiones frente a las condiciones de existencia de los contratos estatales, de las que nos ocupamos con anterioridad.

El Consejo de Estado encuentra que la inexistencia del contrato "no coloca al particular en la imposibilidad de obtener la remuneración justa por los servicios prestados"[145] y, pese a que recuerda la abundante jurisprudencia sobre el objetivo de la acción, esto es, el *restablecimiento del patrimonio del empobrecido*, concluye que este restablecimiento consiste en el *pago* integral de las prestaciones realizadas.

255. Las exigencias de perfeccionamiento del contrato administrativo bajo el antiguo estatuto contractual generaron una jurisprudencia consecuente basada en la equidad, al consagrar indemnizaciones a los particulares que habían ejecutado prestaciones sin contrato legalmente perfeccionado. La Ley 80 fue más lejos al reducir al máximo las formalidades de perfeccionamiento del contrato y sugiriendo cierto consensualismo en los contratos estatales. Pese a que la jurisprudencia se resiste a consagrar esta *informalidad* en las relaciones contractuales de la administración, del análisis de las sentencias recientes se puede deducir que el pago integral de las prestaciones, así como de todo perjuicio, conlleva el reconocimiento de una relación contractual.

256. El legislador de 1993 creó herramientas de modernización contractual para la administración, quien ha ganado autonomía con la Ley 80 y la evolución de la jurisprudencia. El esfuerzo por otorgar mayor flexibilidad a las entidades estatales les permite gerenciar mejor su actividad contractual sin la supervisión exagerada de los organismos e instituciones de tutela administrativa. Más libres, pueden organizar mejor sus competencias contractuales para ser más eficaces. De igual manera, gracias a la libertad en la determinación del tipo contractual y

---

143 "Si bien en el enriquecimiento sin causa el objeto judicial del proceso es compensar el desequilibrio patrimonial de la víctima, ocurre que el desequilibrio patrimonial por otro lado le produce a la víctima la pérdida de la producción sobre el capital en desequilibrio, situación que da lugar a su reconocimiento".

144 En el presente caso el Consejo de Estado condenó a la entidad al pago de $221.551.790.10 correspondientes al valor de los trabajos actualizados incluido el lucro cesante.

145 CEC, Sección Tercera. Auto del 13 de diciembre de 2001, Abservigía Ltda., t. 472, fls. 228 a 238

de su contenido, así como al reconocimiento de los compromisos contractuales, pese a sus fallas formales, el contrato puede afirmarse como instrumento flexible y dinámico para el cumplimiento de las misiones administrativas.

Aun si el análisis de la práctica contractual nos muestra un panorama heterogéneo, no sólo por la inexperiencia de la administración, que parece un tanto apabullada frente al aumento de su autonomía, sino también por la resistencia del Gobierno Nacional que intenta restringir su libertad, la actividad contractual de la administración es infinitamente menos rígida. Las entidades estatales aprenden sobre los errores y la jurisprudencia valida los acuerdos de las partes, apoyada en criterios de justicia y equidad, pese a las irregularidades formales.

CAPÍTULO SEGUNDO

Responsabilidad

257. El cambio del rol de las partes contratantes, así como la noción del contrato, imponen una adaptación correlativa de la responsabilidad contractual. Desde el punto de vista subjetivo, por el reforzamiento de la *responsabilidad personal* (I), y desde el punto de vista procesal, por *el deber de resolución alternativa de los conflictos* (II).

I. RESPONSABILIDAD PERSONAL

258. *Una preocupación mundial.* En su editorial n.º 3-1993 de la *Revue du marché unique européen*, que tenía por título "Los contratos administrativos: último bastión del proteccionismo de los Estados", A. MATTERA escribía que "si el autor de la *Divina Comedia* pudiera asistir a los eventos de la época contemporánea y condenar así las costumbres de nuestra sociedad, consagraría sin duda una atención particular al fenómeno de la contratación pública y reservaría un lugar privilegiado, en el fondo de su Infierno, a las legiones de corruptores y corruptos que han transformado la actividad contractual en un instrumento de pillaje de los recursos públicos, bien sea con fines de enriquecimiento personal o para engrosar las arcas de los partidos políticos a los que pertenecen"[1].

El peligro de la corrupción en el campo de la contratación estatal existe en todos los países. Grandes sumas de dinero siempre están en juego y siempre se intenta modernizar los mecanismos de control. Es en esta línea que la Ley 80 reforzó la responsabilidad elevándola a principio de la ley.

259. *Una nueva perspectiva en la ley: a mayor libertad, mayor responsabilidad.* El legislador de 1993 cambió la perspectiva de la responsabilidad de los intervinientes directos en la actividad contractual, esto es, de los servidores públicos y de los contratistas. El nuevo régimen se caracteriza por una supresión de muchos controles administrativos de carácter preventivo, como lo hemos visto[2], para apoyarse sobre un fuerte sistema de responsabilidad personal[3]. La autonomía más significativa y el ensanchamiento de las posibilidades de acción reconocidas a los servidores públicos que tienen a su cargo la actividad contractual exigía el reforzamiento de su responsabilidad[4].

---

1 J. P. BUEB. *"La lutte contre la corruption dans les marchés publics"*, en *Rev. du Marché unique européen* 2-1995, p. 121.

2 Supra, n.os 196 y ss.

3 J. P. CÁRDENAS MEJÍA. "La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de contratación", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, cit, p. 213; C. A. SÁNCHEZ TORRES. "La responsabilidad contractual del servidor público", en ibíd., p. 262.

4 CÁRDENAS MEJÍA. "La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de contratación", cit., p. 213.

La responsabilidad personal busca así convertirse en la principal garantía del cumplimiento de las obligaciones a que están sujetos los intervinientes en la actividad contractual. Ella está orientada no sólo al cumplimiento de las finalidades establecidas por la ley sino también a la mayor imparcialidad, en especial en los procedimientos de selección de los contratistas. Emerge entonces un principio según el cual a mayor autonomía, mayor responsabilidad[5].

260. *La declaración de urgencia manifiesta: un ejemplo de la nueva lógica.* Podemos encontrar un eco de este principio en la declaración de urgencia manifiesta que autoriza la contratación directa, sin licitación pública. Antes de la Ley 80 tal decisión exigía la autorización del Consejo de Ministros, para los contratos de la Nación. Hoy, por el contrario, la persona responsable del contrato decide de manera autónoma cuándo hay lugar a ella sin ningún control administrativo previo. Sin embargo, después de la suscripción del contrato consecuencia de la declaración de urgencia manifiesta debe enviar todos los antecedentes administrativos, junto con los contratos celebrados, al organismo de control fiscal competente para que se pronuncie sobre la regularidad de la declaración y los contratos tras el análisis de los hechos en que se fundamenta dicha decisión.

261. *Responsabilidad de servidores públicos y de contratistas.* El *reforzamiento de la responsabilidad personal de los servidores públicos* (A) constituye por tanto una característica fundamental del contrato estatal, porque no hay que olvidar la importancia particular que la Ley 80 otorga a los contratistas en el cumplimiento de las finalidades contractuales. Es por ello que la ley se interesó también en *su responsabilidad* (B).

A. REFORZAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

262. *Responsabilidad existente antes de la Ley 80.* Al igual que la responsabilidad contractual administrativa, la responsabilidad personal de los servidores públicos no fue creada por la Ley 80. El antiguo estatuto se ocupaba específicamente del tema y, de manera general, el Código Contencioso Administrativo consagra un título a este género de responsabilidad[6]. Además, la Constitución de 1991 combina el principio de responsabilidad administrativa con la responsabilidad personal. En efecto, el artículo 90 de la Carta afirma en su segundo inciso que

---

5 SÁNCHEZ TORRES. "La responsabilidad contractual del servidor público", cit., p. 263.

6 Arts. 76 a 79, tít. VII, CCA.

"en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que hayan sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Pero la Ley 80 reforzó y concretó la responsabilidad de los servidores públicos en el numeral 2 del artículo 26 cuando prescribe que los "servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas".

263. *Tipos de responsabilidad de los servidores públicos.* Este principio de responsabilidad se desarrolla en el artículo 51 de la ley que determina los distintos tipos de responsabilidad, a saber, penal, disciplinaria y civil[7]. Antes de abordar los *tres tipos de responsabilidad* (2) es importante analizar *el principio de concentración de la responsabilidad* (1).

1. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL

264. *Una preocupación del legislador.* Una de las preocupaciones mayores de los cogresistas en la discusión de la Ley 80 fue la atomización de la responsabilidad[8]. Los distintos controles y autorizaciones administrativos impedían la imputación de faltas a los distintos servidores públicos intervinentes en los procedimientos contractuales. Las decesiones estaban siempre subordinadas a otras instancias o dependencias, sin que se pudiese determinar a ciencia cierta quién era en últimas responsable del contrato. Por ello, el numeral 5 del artículo 26 de la ley establece el principio de concentración de la responsabilidad personal. Vimos antes que la dirección y la responsabilidad de los procesos de selección están en cabeza de los directores de las entidades estatales contratantes[9]. Este principio también se aplica al conjunto de la actividad contractual. Además, el artículo refuerza el objetivo de concentración de la responsabilidad en la medida en que afirma que los directores de las entidades estatales no pueden transferir esta responsabilidad a las asambleas de elección popular, ni a los consejos de dirección ni a los organismos de control y vigilancia de la actividad contractual.

Sin embargo, el principio tiene dos atenuaciones importantes.

---

7 J. C. Henao y V. Newman. "Diálogos sobre la falla personal del servidor público en contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 385; C. A. Sánchez Torres. "La responsabilidad contractual del servidor público", cit., p. 271.

8 Ponencia para segundo debate en Cámara, *Gaceta del Congreso*, 28 de mayo de 1993, p. 11, citado por Cárdenas Mejía. "La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de contratación", cit., p. 218.

9 Supra, n.º 193.

265. *Transferencia de responsabilidad en la desconcentración y la delegación.* La primera se refiere a la desconcentración y a la delegación. Como lo vimos antes, una de las simplificaciones importantes introducida por la ley fue la posibilidad de desconcentrar la realización de los procesos de licitación y en general de selección de contratistas en los servidores públicos de alto nivel, así como la posibilidad de delegar total o parcialmente la competencia para la celebración de los contratos en los mismos funcionarios (art. 12 Ley 80). En estos casos, la responsabilidad de la gestión delegada se transfiere del director de la entidad estatal al servidor público que ocupa el cargo de la función desconcentrada o a quien se le ha delegado. Estamos frente a la aplicación del principio constitucional según el cual la delegación exime de responsabilidad al delegante para transferirla al delegatario (art. 211 ibíd.)[10].

Esto significa que el sistema de la Ley 80 hace que toda desconcentración o delegación en cargos o servidores públicos distintos de los niveles directivos es ilegal, y por lo tanto hace responsable al director de la entidad estatal. La ley quiso conservar la gestión de la actividad contractual en los altos funcionarios de la administración.

Y, por otra parte, es necesario respetar los principios de la delegación. Bajo esta óptica, la delegación no puede convertirse en una manera de anular la responsabilidad del director de la entidad contratante. Ella debe ser limitada o parcial por cuanto la delegación que incluye la transferencia total de las atribuciones de la autoridad delegante está prohibida[11]. Además, hemos recordado que el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 prescribe que "el acto de la firma expresamente delegada no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal[12], a lo que habría que agregar que el artículo 40[13] de la Ley 472 de 1998 (acciones populares y de grupo del artículo 88 de la Constitución Política) estableció la responsabilidad patrimonial del representante de la entidad pública contratante cuando prospere una acción popular por sobrecostos o irregularidades provenientes de la contratación. La Corte Constitucional explicó que esta responsabilidad especial, solidaria con quienes concurran en la realización del hecho que quebranta la moralidad administrativa y genera perjuicios al patrimonio público,

---

10 J. C. Henao. "La responsabilidad pecuniaria del servidor público en la Ley 80 de 1993", en *Régimen de contratación estatal*, cit., p. 327.

11 *Traité*, t. I, p. 626, "… las delegaciones no pueden ser sino parciales. Una autoridad no puede despojarse del ejercicio de la totalidad de sus atribuciones" (CE. 13 de mayo de 1947, Couvrat, Leb. p. 216). En el mismo sentido, G. Vedel y P. Delvolvé, *Droit administratif*, 12.ª ed., París, puf, 1992, t. I, p. 278; Chapus. *Droit administratif général*, cit., t. I, p. 974.

12 Supra n.º 206a.

13 Art. 40 Ley 472 de 1998. "*Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa*. En las

no es objetiva y debe respetar los principios constitucionales, entre los cuales está el del debido proceso y la transferencia de responsabilidad por delegación de competencia[14]. Sin embargo, el Consejo de Estado se ha mostrado exigente en el análisis de la transferencia de responsabilidad por delegación. Es así como se condenó solidariamente al exministro Mauricio Cárdenas Santamaría por las irregularidades en la conciliación con un contratista (Dragacol). Pese a que el ministro había delegado la realización de la conciliación en el director de la oficina jurídica del ministerio, el Consejo de Estado resaltó el papel preponderante del ministro delegante en todas las negociaciones que precedieron la conciliación, así como el hecho de haber presentado la solicitud de conciliación declarada sin efectos jurídicos por el fallo[15].

266. *Responsabilidad de otros servidores públicos.* La segunda atenuación del principio de concentración de la responsabilidad es la responsabilidad posible de otros funcionarios distintos de los directores de las entidades estatales[16]. En efecto, la responsabilidad de la dirección y conducción de la actividad contractual por los altos funcionarios no excluye la responsabilidad de quienes intervienen en los procedimientos contractuales. Así, las fallas en los estudios, proyectos, diseños, y en general en la elaboración de los pliegos de condiciones, pueden generar la responsabilidad de los servidores públicos que los tienen a su cargo. De igual manera, la obligación de responder a las peticiones de los contratistas en el plazo de tres meses (num. 16 art. 25) puede comprometer la responsabilidad de los funcionarios competentes, según los reglamentos internos de la entidad[17].

---

acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos".

14 ccc. Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000.

15 ccc. Fallo del 31 de mayo de 2002, Contraloría General de la República y Jaime Botero Correa, rad. 25000-23-24-1999-9001-01 y 0537-01, num. interno AP 300. Sobre las acciones populares, J. Tamyo Jaramillo. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Bogotá, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKenzie), 2001.

16 Cárdenas Mejía. "La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de contratación", cit, p. 220.

17 Sánchez Torres. "La responsabilidad contractual del servidor público", cit, p. 264.

2. TIPOS DE RESPONSABILIDAD PERSONAL

La responsabilidad de los servidores públicos puede ser penal, disciplinaria o pecuniaria.

267. *Responsabilidad penal.* La responsabilidad penal es la manera más drástica de combatir la corrupción en el campo contractual. Pese a que es posible cometer varios delitos en el ejercicio de la competencia contractual, el Código Penal de 1980 estableció tres delitos específicos de la contratatión de la administración pública[18]: la violación del régimen de inhabilidades e incompatibiliades[15], el interés ilícito en la celebración del contrato[19], y la tramitación, celebración o liquidación de contratos sin el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales[20]. La Ley 80 los modificó agravando considerablemente las penas. El artículo 57 prescribe el aumento en los tres casos: prisión de 4 a 12 años y multa de 50 a 150 veces el valor del salario mínimo mensual. El nuevo Código Penal de 2000 (Ley 599) conservó la tiplogía de los tres delitos pero suprimió en el tercero el elemento subjetivo. Así, la tramitación, celebración o liquidación del contrato sin los requisitos legales esenciales no requiere "el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero" que exigía el antiguo código, lo que ha permitido una interpretación en extremo amplia de la configuración de este delito[21]. Además aumentó las

---

17 A. J. Ibáñez Guzmán y G. Barbosa Castillo. "El sistema penal y la contratación estatal", en *Régimen de contratación estatal*, cit., p. 368.

18 Art. 144 Código Penal: "*Violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades*. El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno (1) a cinco (5) años, en multa de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a siete (7) años".

19 Art. 145 Código Penal: "El empleado oficial que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a tres años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años".

20 Art. 146 Código Penal: "El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis meses a tres años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años". Dávila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., pp. 580 y ss., encuentra que los requisitos esenciales pueden reputarse no sólo de la etapa contractual (requisitos de perfeccionamiento del contrato (art. 41, Ley 80/93) y causales de nulidad absoluta del contrato (art. 44, Ley 80/93)), sino también de la etapa precontractual, al violar el régimen restrictivo de las excepciones para contratar sin licitación pública, de la planeación o de la selección objetiva. Sin embargo, al resaltar que esta fase termina con el acto administrativo de escogencia del contratista, acto que goza de presunción de legalidad tan sólo desvirtuable ante la jurisdicción contencioso administrativa, implícitamente establece la prejudicialidad en toda investigación penal. Por consiguiente, dado el término medio de un proceso contractual ante la jurisdicción (7 años con las dos instancias), la prescripción de la acción penal operaría casi sistemáticamente.

multas hasta 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años[22].

268. *Responsabilidad disciplinaria.* En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, ella tiene "función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública"[23]. Bajo esta perspectiva, los servidores públicos pueden ser objeto de sanciones disciplinarias con independencia de que el mismo hecho constituya un delito o fuente de responsabilidad civil[24], por cuanto la responsabilidad disciplinaria protege fundamentalmente el funcionamiento de la administración, como lo afirma el artículo 16 de la Ley 734.

Esta responsabilidad puede aparecer en el campo contractual en varios casos, según los distintos regímenes de función pública de las entidades estatales. Sin embargo, podemos señalar una falta disciplinaria de rango constitucional que busca limitar la corrupción de los parlamentarios: el ordinal 2.º del artículo 180 de la Constitución establece como causa de destitución del servidor público el celebrar contrato con un congresista, y el artículo 183 sanciona al congresista con la pérdida de investidura.

Por su parte, la Ley 80 prevé distintos eventos de sanción disciplinaria. Incurrirá en causal de mala conducta el servidor público que incumpla la obligación de enviar semestralmente la información de los contratos de la entidad estatal (art. 22.1) o la información general de cada licitación (art. 22.7) a la cámara de comercio respectiva. Incurrirá en la misma causal el jefe de la enti-

---

21 Ver en este sentido Santofimio. *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit.

22 Art. 408 nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000): "*Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años". Art. 409: "*Interés indebido en la celebración de contratos*. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años". Art. 410: "*Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años".

23 Art. 16 Ley 734 de 2002: "*Función de la sanción disciplinaria*".

24 Art. 2.º Ley 734 de 2002: "… La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta".

dad que no comunique a la cámara de comercio la imposición de medida de aseguramiento de un contratista (art. 58) o quien haga uso indebido de la contratación de urgencia (art. 43).

El ordinal 2.º del artículo 58 establece una consecuencia en extremo grave al prescribir que la responsabilidad disciplinaria conlleva la destitución. Sin embargo, este ordinal no parece aplicable en derecho. Por un lado, el principio de favorabilidad en materia disciplinaria impone la sanción de mala conducta en los casos mencionados antes[25]. Y por otro, la sanción general de destitución, frente a cualquier falta disciplinaria, es contraria al principio de proporcionalidad de las penas. Los artículos 44 y siguientes de la Ley 734 establecen las clases de sanciones[26], los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta[27], y el límite de las sanciones[28]. Por ello, no parece posible que se pueda sancionar sistemáticamente con la destitución cualquier falta disciplinaria.

---

25 Art. 14 Ley 734 de 2002: "*Favorabilidad*. En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política".

26 Art. 44: "*Clases de sanciones*. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: 1. Destitución e inhabillidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. 2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. 3. Suspensión, para las faltas graves culposas. 4. Multa, para las faltas leves dolosas. 5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas. Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones".

27 Art. 47: "*Criterios para la graduación de la sanción*. 1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios: a. Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; b. La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función; c. Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero; d. La confesión de la falta antes de la formulación de los cargos; e. Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado; f. Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso; g. El grave daño social de la conducta; h. La afectación a derechos fundamentales; i. El conocimiento de la ilicitud; j. Perteneceer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad. 2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios: a. Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal; b. Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal; c. Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal; d. Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal; e. Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas son la multa o la amonestación, se impondrán todas".

28 Art. 46: "*Límite de las sanciones*. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente. La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce

269. *Responsabilidad pecuniaria*. La responsabilidad pecuniaria de los servidores públicos tiene una fuente constitucional específica: el inciso 2.º del artículo 90, artículo de particular importancia por cuanto consagra no la *posibilidad* de repetición contra los servidores públicos que hayan obrado con dolo o culpa grave, sino la *obligación* de repetir en cabeza de las entidades estatales que se vean condenadas económicamente. Este deber es repetido en los mismos términos por el artículo 54 de la Ley 80.

Con todo, la responsabilidad personal tiene, pese a su carácter pecuniario o civil, una naturaleza particular frente a la responsabilidad administrativa. En efecto, ésta se caracteriza por la reparación integral del perjuicio. La responsabilidad administrativa, como la civil general, busca reparar el daño, consecuencia de la acción o la omisión de las entidades públicas, o, como se deriva de la fuente constitucional, el daño que la víctima no está obligada jurídicamente a soportar. Por ello, los distintos regímenes de responsabilidad, objetivos y subjetivos, pueden encajarse en el artículo 90 de la Carta.

Por el contrario, la responsabilidad personal conserva una parte importante de sanción[29]. Aunque se trata de una responsabilidad económica, la inspiración de la norma es más bien la moralización de la administración pública. El particular lesionado conserva, salvo la falta personal completamente separable del servicio, la posibilidad de dirigirse directamente contra la administración para obtener la indemnización de su perjuicio. Lo que significa que la acción de repetición no busca la indemnización de la víctima, que ya ha sido indemnizada por el Estado, sino la indemnización de éste, por cuanto debió responder por un acto de su agente. Aunque el Estado deba garantizar la acción de sus agentes y, en consecuencia, pagar por sus faltas más o menos normales, hay un límite depués del cual el agente debe responder directamente por sus actos. Este límite es su comportamiento doloso o gravemente culposo. Cuando este tipo de comportamientos genera un perjuicio a un tercero, no conviene que la administración asuma las consecuencias.

Por ello J. C. Henao considera que la condena del agente no debe corresponder exactamente a la indemnización integral soportada por la administra-

---

meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial. La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del slario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta. La amonestación escrita se anotará en la correspondiente hoja de vida".

29 Cárdenas Mejía. "La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de contratación", cit., p. 222.

ción[30]. Tratándose de una *sanción*, ella debe ser porporcional a la capacidad de pago del servidor público condenado, lo que es importante por cuanto las condenas económicas en los procesos contractuales pueden alcanzar fácilmente sumas millonarias que ningún servidor público podría pagar.

Esta solución, que permite evitar condenas a penas irredimibles frente a las condenas multimillonarias contra el Estado, no es sin embargo respaldada por la interpretación que la Corte Constitucional da a la Ley 678 de 2001 "por medio de la cual se reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición". Para la Corte, "esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria [...] para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.

"Conforme a lo expuesto, concluye la Corte, no admite discusión alguna que si al Estado se le impone judicialmente condena porque se le declara patrimonialmente responsable de un daño antijurídico respecto de la víctima, esa sentencia es de obligatorio cumplimiento.

"En ese orden de ideas, realizado el pago si la condena le fue impuesta al Estado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus servidores, el artículo 90 superior le impone el deber de iniciar una acción de repetición para obtener el reembolso de lo pagado"[31].

270. *Gravedad de la falta del servidor público.* La responsabilidad personal de los servidores públicos se ve tan sólo comprometida por un comportamiento particularmente irregular. En los procesos de selección se tratará de la apertura del proceso de licitación sin la elaboración previa de los pliegos de condiciones, o de la elaboración incompleta, ambigua u oscura, o sin la realización de los estudios y evaluaciones técnicas necesarias. En la etapa de ejecución la responsabilidad personal puede verse comprometida por la dirección o el control del buen desarrollo del contrato.

---

30 Henao. "La responsabilidad pecuniaria", cit., p. 313.

31 ccc, sentencia C-484/02 del 25 de julio de 2002, Martín Bermúdez Muñoz otros, demanda de inconstitucionalidad contra la ley Ley 678 de 2001 "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".

A este propósito es importante resaltar la existencia de otras responsabilidades personales. La responsabilidad fundada sobre el perjuicio causado a los contratistas se complementa por la derivada de los daños causados a terceras personas, así como los causados a la administración sin que haya fuente contractual. Es posible, por ejemplo, que en cumplimiento del contrato el contratista adopte medidas imprudentes que generen un accidente. En cuanto a los daños a la entidad, la mala ejecución del presupuesto contractual puede dar lugar a investigaciones fiscales y eventualmente a sanciones contra el servidor público.

B. RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS

271. Los empresarios privados colaboradores de la actividad contractual también son responsables de su comportamiento. Primero, frente a la entidad estatal contratante, bajo el régimen general de responsabilidad contractual. El contratista responde por el incumplimiento culposo de sus obligaciones. Así mismo, pueden comprometer su responsabilidad por los daños causados a terceros, según las reglas de la responsabilidad extracontractual. Además, no sólo los contratistas son responsables. También lo son los proponentes que participan en los procesos de selección. Por ello es importante describir tanto la *responsabilidad penal* (1) como la *civil o pecuniaria* (2).

1. RESPONSABILIDAD PENAL

272. *Extensión de sanciones de los servidores públicos.* La modificación más importante en este sentido es la ampliación de los delitos contractuales a las personas privadas. Como lo vimos antes, los tres delitos en la materia exigen sujetos activos calificados: los servidores públicos. Por lo tanto, en principio tan sólo este tipo de personas puede ser autor de los delitos descritos. Sin embargo, el artículo 56 de la Ley 80 prescribe que, "para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".

Esta extensión es muy significativa, no sólo porque conlleva una medida adicional de lucha contra la corrupción y los comportamientos irregulares en la actividad contractual, sino también porque refuerza que los contratistas son colaboradores de la administración y que el contrato constituye una herramienta en el cumplimiento de funciones administrativas en la que los contratistas tie-

nen una función más allá del comportamiento normal que desarrollan cuando concluyen contratos con personas privadas[32].

Así las cosas, las observaciones sobre la responsabilidad penal de los funcionarios son aplicables a los contratistas[33]. Con todo, el delito de interés ilícito en la celebración del contrato no parece aplicable a los contratistas por cuanto necesariamente existe en ellos un lícito interés *en provecho propio*, de carácter lucrativo, en la celebración de todo contrato[34].

2. RESPONSABILIDAD PECUNIARIA O CIVIL

273. *Responsabilidad plena*. A diferencia de la responsabilidad pecuniaria de los servidores públicos, este tipo de responsabilidad de los contratistas tiene un fundamento de reparación, como la responsabilidad administrativa, lo que conlleva dos consecuencias. De una parte, la indemnización integral del perjuicio, por cuanto los contratistas son solidariamente responsables con la administración y la víctima puede demandar la indemnización del daño a uno u otro, o a los dos. Y, por otra parte, aunque el contratista no responde ante terceros sino de su comportamiento doloso o culposo, no tiene el privilegio de la culpa calificada de los servidores públicos, esto es, la culpa grave. La administración contratante no tiene una relación de garantía para con ellos, quienes deben responder por todas sus faltas bajo el régimen común de la responsabilidad extracontractual[35].

Por ello resulta extraña la inclusión de esta responsabilidad en la Ley 678 de 2001 sobre la acción de repetición, y habría lugar a preguntarse si esta inclusión conlleva la restricción de la responsabilidad de los contratistas, por cuanto la acción de repetición exige culpa calificada[36]. Este artículo fue demandado ante la Corte Constitucional pero por ser violatorio del principio de unidad de materia legislativa, al tratar un tema en principio ajeno a la acción de repetición del artículo 90, que se refiere tan sólo a servidores públicos. La Corte declaró la

---

32 Cfr. artículo 3.º de la Ley 80 y la doble finalidad de la contratación estatal: supra n.os 51 y ss.

33 SANTOFIMIO. *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., pp. 81 y ss.

34 Art. 409 Código Penal: "Interes indebido en la celebracion de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años".

35 Responsabilidad del consultor por las fallas del estudio de suelos previo al contrato de obra, en CEC, Sección Tercera, 28 de agosto de 1997, Fondo Nacional de Bienestar Social, t. 349 fls. 234 a 262.

36 Ley 678 de 2001, par. 1.º del art. 2.º: "Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley".

exequibilidad del parágrafo sin entrar a "analizar aspectos diferentes al cargo que fue formulado contra la norma acusada, la cual, en consecuencia, resulta exequible, únicamente en relación con el cargo propuesto"[37]. El punto, sin embargo, no parece plantear un problema de constitucionalidad sino de política legislativa. El legislador podía en efecto prever el grado de culpa de los contratista para poder permitir la acción de repetición consagrada en el artículo 90 de la Carta. Pero ello no significa necesariamente que la aplicación de este tipo particular de responsabilidad excluya la responsabilidad genérica de los contratistas, responsabilidad sujeta a los principios generales. La Ley 678 no habría entonces cambiado el panorama de responsabilidad de los contratistas, pese a permitir hacerla efectiva a través de la repetición y del llamamiento en garantía, que además era también posible antes de la vigencia de esta ley.

Además, la responsabilidad de los contratistas frente a los terceros se torna más o menos importante según el objeto del contrato. En efecto, las cosecuencias de una mala obra son muy significativas cuando está destinada al uso público. Por ello, el numeral 8 del artículo 26 de la Ley 80 prescribe que los contratistas son responsables por la calidad del objeto del contrato. Pero el campo en que su responsabilidad es más significativa es el de las concesiones, por cuanto los concesionarios explotan la obra o servicio *por su cuenta y riesgo* y, además, en las concesiones de servicios públicos domiciliarios son responsables sobre las bases del derecho de la competencia y de protección de los consumidores. Así, responden por las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas de la competencia[38], incluidas las tarifas[39], o por abuso de la posición dominante[40].

---

37 CCC, Sentencia C-484/02, cit.

38 Art. 34 Ley 142 de 1994: "*Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas*. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia. Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes: 1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio; 2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa; 3. Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia; 4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba haber citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia; 5. Las que describe el título V del libro I del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal; 6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos".

39 Art. 98: "*Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia*. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos: 1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a

La confianza de los usuarios en el concesionario, fundamental en este tipo de contratos de larga duración, debe ser controlada. Como afirma P. FAISANDIER,

---

regulación. 2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales. 3. Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aun si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas. La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos".

40 Art. 133: "*Abuso de la posición dominante*. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas: 1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa; 2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito; 3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario; 4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite; 5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuario, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto; 6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede; 7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario; 8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería; 9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance; 10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos; 11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias; 12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta; 13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa; 14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que: a. Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y b. Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido; 15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario; 16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste: a. Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contra-

"la responsabilidad de la empresa a largo plazo es doble: por un lado, el mantenimiento de las obras, por el otro, la diligencia y preocupación sobre el devenir del servicio. Por ello, la entidad estatal no concluye su función al controlar que la empresa concesionaria haya constituido las provisiones para asegurar las renovaciones contractuales"[41].

274. Y finalmente, la responsabilidad se extiende también a los proponentes, quienes responden por la presentación de ofertas artificialmente bajas (num. 6 art. 26 Ley 80), por haber contratado estando inhabilitados o bajo una incompatibilidad, por informaciones falsas (num. 7.º del art. 26) o por no suscribir el contrato adjudicado[42].

---

to, o b. Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o c. Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva; 17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa; 18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe; 19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por mas de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido. 20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año; 21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión; 22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato; 23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros; 24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual; 25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa; 26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley. La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado. Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción. Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada".

41 Citado por L. Boucher. "Responsabilités et risques de l'entreprise délégataire", en *Revista Le moniteur*, 16 de abril de 1993, p. 45.

42 Num. 12 art. 30 Ley 80: "Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía".

275. La autonomía reconocida a la administración contratante no es una libertad ofrecida a los funcionarios para administrar los asuntos públicos según sus criterios. Los objetivos públicos inherentes a todo contrato estal les imponen una gestión responsable. Con independencia de la responsabilidad administrativa, el servidor público se encuentra así en una situación delicada por cuanto su comportamiento puede generar varios tipos de responsabilidad. Sin embargo, esta situación no les concierne de manera exclusiva. El papel de colaborador de la administración ensancha la responsabilidad del contratista. De una manera general, las partes son más libres pero deben vigilar mejor su conducta.

II. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, UN DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

276. Una de las manifestaciones de rigidez bajo el antiguo estatuto contractual era el tratamiento de los conflictos entre las partes contratantes. El Gobirno resaltaba en la exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 la necesidad de defender mejor los intereses de los contratistas suprimiendo los privilegios inútiles y exagerados de la administración contratante[43]. Había entonces necesidad de reconocer a las entidades contratantes cierta *autonomía en la solución de sus litigios contractuales* (A) y promover ámpliamente *los mecanismos alternativos* (B).

A. AUTONOMÍA EN LA SOLUCIÓN DE LITIGIOS

El reconocimiento de cierta autonomía en este tema exigía la *transformación de una concepción estrecha de la competencia en la materia* (1). El legislador de la Ley 80 quiso no sólo abrir esta posibilidad, sino también imponer a las entidades contratantes el *deber de solución directa de los litigios* (2).

1. TRANSFORMACIÓN DE UNA CONCEPCIÓN ESTRECHA SOBRE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA EN LA SOLUCIÓN DE LITIGIOS

277. *El principio de legalidad: una regla estricta bajo la antigua jurisprudencia*. El tratamiento rígido de la competencia contractual que hemos visto ya[44] había generado privilegios implícitos para las entidades contratantes, privilegios que el legislador de 1993 quiso cambiar.

---

43 Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 101.
44 Supra n.º 190.

Con todo, la concepción surgía más de la jurisprudencia que de los textos. En efecto, el Consejo de Estado había creado el principio según el cual "la administración no puede hacer, en principio y *motu propio*, el reconocimiento de perjuicios. Estos, por regla general, sólo pueden ser objeto de declaración judicial"[45]. La administración contratante no podía, afirmaba la alta corporación, reconocer los daños por fuera de las instituciones creadas por la ley y según sus términos exactos. Podía reconocer indemnizaciones, consecuencia de la terminación o de las modificaciones unilaterales del contrato, porque los artículos 19 y 20 del Decreto 222 se lo autorizaban. Pero no reconocer sus errores o las circunstancias que daban derecho al contratista a una indemnización o a una simple ventaja.

Por consiguiente, todo lo que no estaba autorizado de manera expresa por al ley estaba necesariamente prohibido. El reconocimiento de perjuicios en favor del contratista imponía, en principio, la obligación de demandar a la entidad contratante para obtener una condena jurisdiccional[46].

La Sala de Consulta del Consejo de Estado fue más lejos en las restricciones a la administración. Inravisión le solicitó su concepto sobre la posibilidad de condonar a un concesionario de espacios de televisión algunas de las sanciones a él impuestas por el retardo en ciertas prestaciones contractuales para poder así salvar la ejecución del contrato. El Consejo de Estado respondió que la administración no tenía el derecho de pasar por alto, aun parcialmente, el incumplimiento de las obligaciones contractuales de su concesionario, así como las consecuencias de ese comportamiento, porque la ley no la autorizaba. En el respeto estricto de la competencia atribuída por el legislador, la entidad contratante debía, en lugar de condonar intereses moratorios, ejercer sus privilegios de poder público para asegurar el cumplimiento estricto de los términos contractuales[47].

En otro concepto el Consejo de Estado rechazó la posibilidad de incluir en el acta de liquidación las "obligaciones ajenas a las surgidas del contrato que se liquida, así sean complementarias de las obras en él pactadas, las ejecutadas y recibidas por [la entidad contratante]". Todas las obras distintas de las estipuladas en el contrato obligaban al contratista, afirmaba el Consejo de Estado, a acudir a la jurisdicción administrativa para obtener la declaración de indemnizaciones a las que el contratista tenía derecho[48].

---

45 CEC, Sección Tercera. 13 de agosto de 1984, Contrucciones Pervel Ltda., t. 54, fls. 16 a 28.

46 Ídem.

47 CEC, Sección Tercera. Concepto del 12 de septiembre de 1984, Ministerio de Comunicaciones, *Anales* t. CVII, fls. 45 a 53.

48 CEC. Concepto del 22 de abril de 1988, Ministerio de Educación, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 195-88.

278. *Sumisión absoluta del contratista.* Estas posiciones jurisprudenciales tornaron rígidas las relaciones contractuales. La administración tenía argumentos sólidos para rechazar a sus contratistas cuaquier arreglo directo de los litigios, y éstos se encontraban así del todo sujetos a la administración. Tan sólo tenían dos posibilidades igualmente desfavorables.

La primera, intentar obtener de la administración un contrato adicional que reconociese las indemnizaciones a que tenía derecho. Sin embargo, se trataba de una solución muy limitada. El Decreto 222 había previsto en su artículo 58 la posibilidad de contratos adicionales para modificar el valor de los contratos o su plazo. La jurisprudencia había aceptado la celebración de contratos adicionales para la inclusión de indemnizaciones fruto de las modificaciones de las condiciones de ejecución[49], pero apelaba a las reglas presupuestales y al mismo artículo 58 para rechazar los contratos adicionales posteriores a la ejecución de obras o de servicios[50]. En realidad, los contratos adicionales no podían cubrir sino las modificaciones de los términos del contrato, lo que significaba una previsión de las condiciones de ejecución. Por el contrario, no podían resolver los litigios entre las partes surgidos durante la ejecución del contrato.

El contratista estaba obligado en la práctica a utilizar la segunda solución, es decir, demandar a la entidad y soportar un largo proceso contencioso para obtener, al cabo de varios años, una indemnización integral de su perjuicio.

279. *Favorecer un clima de arreglo directo: un cambio querido por el legislador.* Tanto en el proyecto de la Ley 80 como en las discusiones parlamentarias esta realidad se puso de presente. El Gobierno afirmaba que el proyecto, siguiendo las tendencias modernas que se apoyaban en la autonomía de la voluntad, buscaba descongestionar los tribunales al ofrecer a las partes contratantes la posibilidad de arreglar de manera directa sus diferencias y litigios[51].

La solución directa de los conflictos, continuaba el proyecto de ley, busca una mayor eficacia, dinamismo y justicia en la actividad contractual al reducir los costos

---

49 CEC, Sección Tercera. 6 de agosto del 1987, Conic Ltda., t. 77, fls. 29 a 64; 11 de febrero de 1988, C. y C. Ltda, t. 83, fls. 320 a 349; 3 de agosto de 1990, Arinco Ltda, t. 119, fls. 147 a 160 y concepto del 15 de marzo de 1990, Ministerio de obras públicas y transporte, Sala de Consulta y Servicio Civil., radicación 350 a 90.

50 Art. 58 Dcto. Ley 222 de 1983: "… Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías…". CEC, Sección Tercera, 13 de agosto de 1992, Eduardo Acevedo Laverde, t. 167, fls. 286 a 328 y 5 de septiembre de 1996, Oficina Técnica Andina, t. 317, fls. 342 a 357.

51 GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN. "Soluciones de controversias en la contratación estatal", en *La nueva contratación administrativa*, cit., p. 224.

importantes de los conflictos juzgados por la jurisdicción. Aunque la entidad estatal contratante tenga los poderes de poder público para modificar las condiciones de ejecución del contrato, y el deber de reconocer al contratista las indemnizaciones correspondientes, era necesario también reconocerle de manera clara su competencia transaccional con el fin de resolver los diferendos con su contratista.

> En otros términos –concluía el proyecto de ley– debe entenderse con claridad que dentro del desarrollo de un contrato administrativo bien pueden darse los simples convenios, convenciones o acuerdos como expresión normal del desarrollo del contrato, de su administración y ejecución, los cuales no envuelven el concepto de contienda, litigio o controversia, respecto de los cuales no puede hablarse de la utilización de la capacidad de transigir de la administración, pero también podrá presentarse la celebración de verdaderos contratos de transacción[52].

Por su parte, la ponencia para primer debate del proyecto de ley insistía en que la "consecuencia fundamental de la mayor libertad que inspira al proyecto es la consagración de una serie de mecanismos conducentes a dirimir las controversias contractuales directamente por las partes, evitando en lo posible el tener que recurrir a la rama jurisdiccional del poder público"[53].

La Ley 80 concretaría esas intenciones de varias maneras, e incluso impodría obligaciones en ese sentido a las entidades contratantes.

2. Resolución directa de conflictos: una obligación de las entidades contratantes

280. *Protección y garantía de los derechos de los contratistas: un deber de la administración.* El legislador quiso cambiar de manera general el clima de las relaciones entre las partes contratantes. Para propender por relaciones más igualitarias, el artículo 3.º de la Ley 80 sobre los fines de la contratación estatal establece que, si bien los servidores públicos deben tener en cuenta que las entidades estatales buscan la realización de las finalidades públicas y el buen funcionamiento de los servicios públicos a través de la contratación, también deben proteger y garantizar los derechos e intereses de los contratistas. Estos gozan de la protección del Estado en la realización legítima de la actividad contractual y la obtención de beneficios, como lo afirma el mismo artículo.

---

52 Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en Betancur Cuartas. Ob. cit., p. 144.

53 Ponencia para primer debate en comisiones conjuntas de Senado y Cámara de Representantes, en ibíd., p.157.

Dejando de lado el problema de la ecuación contractual –del que nos ocupamos con anterioridad desde el punto de vista conceptual, y sobre el que volveremos para analizar la jurisprudencia al respecto–, lo que nos interesa ahora es la intención del legislador de hacer efectivos los derechos del contratista a ser indemnizado a través de mecanismos jurídicos flexibles y eficaces. Un cambio de posición doctrinal frente al problema era necesario.

281. *Deberes específicos de la administración contratante.* Bajo el antiguo estatuto contractual las entidades contratantes concebían el reconocimiento de las indemnizaciones del contratista como una actitud de benevolencia[54]. Para combatir esta actitud la ley quiso establecer deberes específicos de las entidades estatales contratantes.

Primero, en aplicación de la noción finalista de los procedimientos administrativos no contenciosos, las entidades estatales no puede rechazar peticiones formuladas por escrito, aun si no respetan las formalidades impuestas por la administración en sus reglamentos internos. Más aún, deben corregir de oficio los errores formales para darles trámite (num. 17 art. 25).

Segundo, las entidades deben evitar los comportamientos que perturben el cumplimiento de las obligaciones del contratista y remediar rápidamente los desequilibrios de la ecuación contractual que surjan durante la ejecución del contrato. Para lograr este objetivo, deben acudir a mecanismos y procedimientos que permitan la rápida y eficaz solución de conflictos (arts. 4.º num. 9 y 25 num. 5.º)[55], lo cual es ratificado por el derecho reconocido a los contratistas de obtener de las autoridades públicas la protección de sus derechos derivados del contrato y las sanciones impuestas a quienes los desconozcan (num 3 art. 5.º). Además, las entidades contratantes no pueden subordinar la participación en los procesos de selección, ni el pago de cuentas, a la renuncia de demandar a la administración o de hacerle reclamaciones.

El numeral 16 del artículo 25 refuerza en fin la protección de los contratistas con la creación del silencio administrativo positivo en materia contractual para forzar a las entidades estatales a dar respuestas concretas y oportunas a las peticiones de los contratistas, so pena de asumir jurídicamente una respuesta positiva[56]. Se trata de un mecanismo muy exigente para la administración y

---

54 Peña Castrillón. "Solución de controversias en la contratación estatal", cit., p. 230

55 W. Ariza. "La Ley 80 y el contencioso contractual", en *La nueva contratación administrativa*, cit., p. 66.

56 Art. 25.16 Ley 80: "En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley".

muy útil para el contratista a fin de obtener precisiones sobre la ejecución del contrato, pero también para el reconocimiento de cuentas de cobro. Sin embargo, la jurisprudencia ha restringido fundamentalmente la institución establecida por la Ley 80 y no admite que, gracias al silencio administrativo positivo, el contratista pueda constituir un título ejecutivo que le permita demandar a la entidad contratante que ha guardado silencio frente a su reclamación económica. El contratista debe obtener previamente una decisión jurisdiccional declarativa de su derecho, lo que parece contrario al espíritu de la institución creada por la Ley 80, por cuanto el legislador no restringió de manera alguna las peticiones del contratista que se beneficiarían del silencio positivo. Con todo, bien es cierto que la aplicación general del silencio como está prevista en la ley conlleva enormes peligros.

Es por eso que el Consejo de Estado considera en primer lugar que el silencio positivo sólo existe para peticiones *durante* la ejecución del contrato[57]. Además, establece una serie de requisitos para que sea aceptado[58], de tal suerte que no lo aplica frente a las peticiones de gastos adicionales[59]. De igual manera, considera que "la omisión de respuesta por parte de la administración no configura título ejecutivo de recaudo para hacer efectivo el restablecimiento financiero del contrato, ni el pago de sumas de dinero"[60]. De manera general, el silencio adminis-

---

57 CEC, Sección Tercera. Auto del 13 de diciembre de 2001, Coopguanenta Ltda., t. 471, fls. 237 a 245.

58 "En consecuencia, como supuestos de hecho del silencio positivo contractual se tienen los siguientes; que: el contratista presente una solicitud ajustada a derecho; la solicitud se presente en el curso de la ejecución del contrato, y la entidad estatal no se pronuncie sobre la petición dentro del término de 3 meses, contados a partir de la fecha de presentación [...] Se destaca de la ley, que el silencio u omisión de la administración contratante respecto de ciertas peticiones del contratista por fuera del término de ejecución contractual, de otra parte, no originan presunta respuesta positiva. Recuérdese que la ley condicionó la formulación de la petición a que se haga 'en el curso de la ejecución del contrato' [...] De otra parte, la Sala ha precisado que las pretensiones deben contener implícitamente el derecho constitutivo del contratista; que este derecho debe ser anterior a la petición y que requiere sólo la formalidad o declaración del contratante público, porque el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes. Esas situaciones o relaciones jurídicas del contratista requieren de declaraciones del contratante que lo autoricen o le habiliten a proseguir con la ejecución del contrato; le formalizan el derecho a hacerlo. Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, como ya se dijo, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego con la respuesta administrativa se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo" (CEC, Sección Tercera, 12 de diciembre de 2001, Gerardo Jesús Andrade Bolaños, t. 472, fls. 78 a 90).

59 CEC, Sección Tercera. Auto del 5 de abril de 2001, María Amparo Villa Sánchez, t. 447, fls. 221 a 228.

60 CEC, Sección Tercera. Auto del 2 de febrero de 2001, Sergio Torres Riátiga; Salomón Melo C. Ltda.; Norman Franco Ovalle, t. 438, fls. 387 a 395.

trativo no puede conferir al contratista derechos sin justo título amparados en las irregularidades del funcionario moroso, que validarían toda suerte de peticiones con independencia de su legitimidad[61]. Por consiguiente, en la mayoría de casos no existe una obligación clara expresa y exigible que habilite al contratista a instaurar un proceso ejecutivo contra la administración[62].

282. *Herramientas para la solución directa de conflictos.* De cualquier manera, las entidades contratantes tienen hoy una serie de deberes sobre la solución directa de conflictos con sus contratistas, y disponen también de mecanismos flexibles para llegar a estos resultados. El artículo 5.º en sus numerales 8 y 9 les permite celebrar todos los acuerdos necesarios para el reconocimiento de indemnizaciones a los contratistas[63] sin la intervención del juez del contrato, como vimos que lo imponía la jurisprudencia bajo el Decreto 222. El artículo 68 sobre la utilización de mecanismos de solución directa de controversias contractuales promueve los arreglos ágiles, rápidos y directos, y autoriza a la administración a revocar los actos contractuales "en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada". Por su parte, el artículo 69 excluye la posibilidad de "establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales", y el artículo 60 permite incluir en la liquidación del contrato los "ajustes, revisiones y reconocimientos a

---

61 CEC, Sección Tercera. Auto del 7 de octubre de 2001, Consorcio Alfonso Orozco, Juan Ramón López y Eduardo Cañón, t. 404, fls. 1 a 25.

62 CEC, Sección Tercera. Autos del 29 de marzo de 1996, Jorge Hernán Ocampo Chavarriaga, t. 304, fls. 345 a 359; 26 de septiembre de 1996, Edilberto Torres Rodríguez, t. 319, fls. 217 a 224; 6 de noviembre de 1996, Ingenieros Constructores Gayco S. A., t. 358, fls. 352 a 391; 27 de mayo de 1998, Luis Alberto Zambrano, t. 372, fls. 278 a 287; 20 de agosto de 1998, AR. P-C Ltda., t. 379, fls. 77 a 84; 7 de octubre de 1999, Consorcio Alfonso Orozco, Juan Ramón López y Eduardo Cañón, t. 404, fls. 1 a 25; 27 de enero del 2000, Aguilera y Pardo Ingenieros Ltda., Alfredo Díaz Granados Caballero, t. 409, fls. 154 a 163; 2 de febrero de 2001, Sergio Torres Riátiga, Salomón Melo C. Ltda, Norman Franco Ovalle, t. 438, fls. 387 a 395; 5 de abril de 2001, María Amparo Villa Sánchez, t. 447, fls. 221 a 228.

63 Art. 4.º Ley 80 de 1993: "*De los derechos y deberes de las entidades estatales*. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: […] 8.º Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. 9.º Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse".

que haya lugar". Se trata así de un acto comprensivo de "los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo".

Sin lugar a dudas, las restricciones que la antigua jurisprudencia había impuesto no son válidas hoy bajo la Ley 80, no sólamente porque la ley autoriza todas las iniciativas y los mecanismos de solución de conflictos sino también porque ellos constituyen una manifestación de la autonomía de la voluntad reconocida a las entidades estatales de manera general[64], como ya lo vimos.

B. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE LITIGIOS

283. Además de las soluciones directas de los conflictos, el legislador quiso también consagrar de manera expresa todos lo mecanismos aternativos de arreglo de litigios[65], una tendencia que encuentra su fundamento en la Constitución[66] y que ha adquirido gran dinamismo con la evolución legislativa. Aunque la Ley 80 comprede otros mecanismos, las manifestaciones más importantes son la *conciliación* (1) y el *arbitraje* (2).

1. LA CONCILIACIÓN: UN MECANISMO PRIVILEGIADO

284. La conciliación no constituye el único mecanismo alternativo de solución de litigios. El artículo 68 menciona también la amigable composición, definida por el artículo 130 de la Ley 446 de 1998 como "un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular"[67]. Sin embargo, la conciliación es el mecanismo más utilizado. El derecho positivo ha ensanchado su campo de aplicación para brindar a las partes mayor autonomía en la solución de sus litigios.

---

64 CEC, Sección Tercera. 13 de agosto de 1998, Empresa Antioqueña de Energía EADE, t. 377, fls. 387 a 392.

65 CCC. 22 de agosto de 1996, Darío Giovanni Torregroza Lara, demanda de inconstitucionalidad del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, sentencia C-388-96.

66 Art. 116 C. P.: "… los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley…".

67 El Consejo de Estado ve en la amigable composición "una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer a las partes" (CEC, Sección Tercera. 26 de febrero de 1998, Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., t. 364, fls. 204 a 242). En igual sentido el artículo 131 de la misma Ley 446 prescribe que "la decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción".

285. *Definición.* "La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador" (art. 64 Ley 446 de 1998). Si ella es adelantada por una entidad estatal, en general debe obtener la aprobación del tribunal administrativo quien supervisa la legalidad del acuerdo (art. 71 ibíd.).

286. *Tipos de conciliación.* La conciliación puede ser prejudicial o judicial. En el primer caso, las partes o una de ellas la solicitan ante el Ministerio Público[68] quien cita a los interesados para la audiencia de conciliación. Los textos insisten sobre el papel activo del Ministerio Público que lo lleva a proponer diferentes soluciones según las circunstancias. A su vez, las partes deben tener un espíritu conciliador, y una actitud contraria puede acarrearles consecuencias desfavorables en el futuro proceso contencioso, si el trámite conciliatorio no produce resultados positivos por su comportamiento[69]. En caso de acuerdo entre las partes, el Ministerio Público lo envía al tribunal adminsitrativo para su homologación a más tardar dentro de los tres días siguientes al de su celebración (art. 24 Ley 640 de 2001).

El artículo 23 de la Ley 640 de 2001, por la cual se modificaron las normas relativas a la conciliación, estableció la posibilidad de realizar conciliaciones extrajudiciales "ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en materia concencioso administrativa". Pero la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad por cuanto

> … establece una delegación permanente de la función de administrar justicia en los particulares, desconociendo flagrantemente el texto del artículo 116 de la Carta que expresamente autoriza al legislador para atribuirles dicha función pero en forma transitoria.
>
> Ciertamente, cuando el artículo 23 acusado alude a los "conciliadores de los centros de conciliación" indudablemente se está refiriendo a un grupo determinado de individuos que tienen como función habitual actuar como conciliadores, toda vez que se trata de personas que por regla general deben ser abogados en ejercicio que, habiendo acreditado la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se inscriben ante un centro de conciliación y se encuentran, por ende, en continua disponibilidad de servir como conciliador (art. 6.º Ley 640 de 2001)[70].

---

68 Arts. 60 y 61 Ley 23 de 1991, modificados por la Ley 446 de 1998; arts. 80, 81 y 23 Ley 640 de 2001.

69 Artículo 78 de la Ley 446 de 1998, y 22 de la Ley 640 de 2001.

70 CCC. 22 de agosto de 2001, Andrés de Zubiría Samper, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, 23, 28, 30, 35 y 39 (parciales) de la Ley 640 de 2001, C-893-01, expediente D-3399.

Por otra parte, el artículo 12 de la misma ley, según el cual "el Gobierno Nacional expedirá el reglamento mediante el cual se determinen los requisitos que deberán cumplir los centros para que puedan conciliar en materia de lo contencioso administrativo", también fue declarado inexequible por la Corte al considerar:

> conforme a lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 116 de la Constitución Política, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, *en los términos que determine la ley*, lo que significa que para la regulación de estas materias el constituyente instituyó una reserva legal dada la trascendencia social que implica el traslado a los particulares de la función pública de impartir justicia.
>
> En consecuencia, mal hace el legislador en autorizar al Gobierno a través del artículo 12, bajo examen, con el objeto de reglamentar los requisitos que deberán cumplir los centros de conciliación para que puedan conciliar en materia de lo contencioso administrativo, toda vez que con esta medida está desconociendo de manera flagrante la competencia constitucional del Congreso de la República para determinar estos asuntos[71] (cursiva original).

En estas condiciones, la conciliación extrajudicial se realiza hoy tan sólo ante los agentes del Ministerio Público[72]. Por último, la misma ley reforzó este tipo de conciliación al imponerla como requisito de procedibilidad de las acciones contencioso administrativas previstas en los artículos 86 y 87 del CCA[73].

La conciliación jurisdiccional se desarrolla durante el proceso contencioso; es obligatoria y su objetivo es evitar la realización integral del mismo, a través

---

71 Ídem.

72 Art. 23 Ley 640 de 2001: "*Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo*. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción".

73 Art. 37 Ley 640 de 2001: "*Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo*. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones. Parágrafo 1.º Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición. Parágrafo 2.º Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente". Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en el proceso D-3519.

del estímulo de negociaciones entre las partes bajo la dirección y supervisión del magistrado[74].

287. *Prohibición de conciliar: una idea abandonada*. Propuesta inicialmente para reducir los procesos ante la jurisdicción, la conciliación constituye una política de descongestión judicial. Durante mucho tiempo considerada como opción imposible jurídicamente para la administración, hoy es consagrada de manera explícita por los textos incluso frente a actos unilaterales. El artículo 60 de la Ley 23 de 1991, que consagra esta posibilidad, fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia en acción de inconstitucionalidad. Para declarar su conformidad con la Constitución, la Corte consideró que la ley no autoriza, contrariamente a lo afirmado por el demandante, a negociar la legalidad de un acto unilateral, sino sus efectos económicos. Por ello el artículo 62 de la misma ley prescribe que si las partes llegan a un acuerdo la administración debe *revocar unilateralmente el acto administrativo* respectivo[75]. BETANCUR JARAMILLO explica, con otros argumentos, la posibilidad de conciliar en el caso de los actos administrativos. Si la administración puede revocar sus propios actos e incluso demandarlos ante el contencioso administrativo, cuando la revocación no le está permitida en razón de la creación de una situación jurídica individual y concreta, no se ve por qué no podría aceptar la ilegalidad de un acto y negociar sus efectos económicos con la persona destinataria de dicho acto[76].

288. *Nueva actitud conciliadora de la administración.* Estos distintos argumentos promovieron las conciliaciones. Algunas normas crearon incertidumbre sobre la extensión de la posibilidad de conciliar[77], pero el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 clarificó el tema al afirmar que la conciliación es posible "sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA", con lo cual incluyó todos los litigios posibles en el campo contractual.

El Consejo de Estado ve hoy en la conciliación

> la concreción de una filosofía de diálogo, concertación y solución civilizada de conflictos, fruto del avenimiento y la concordia de las partes, que implica de suyo el reconocimiento del otro como forma del accionar social dando origen a la verdad jurídica por consenso

---

74 Arts. 101 a 104 Ley 446 de 1998.

75 CSJC. Sentencia 143 de 1991.

76 CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, 4.ª ed. y 3.ª reimp., Medellín, Señal, 1996, p. 409.

77 El Decreto Ley 2651 de 1991 no incluyó la conciliación de actos contractuales en vía judicial. Sin embargo, no modificó la posibilidad de conciliar dichos actos ante el Ministerio Público. CEC, Sección Tercera. Auto del 22 mayo de 1997, Departamento del Valle del Cauca, t. 337, fls. 45 a 51.

> [...] Cuando en los procesos contencioso administrativos el Estado acude a ella está cumpliendo con su función originaria de paz y pluralismo y convoca a la sociedad para seguir su ejemplo. La nueva concepción del Estado colombiano contenida en la Constitución Política en su artículo 1.º sustenta tal postulado[78].

En esta misma tendencia de estímulo a la conciliación la ley impuso la creación de oficinas de conciliación al interior de las entidades estatales, encargadas de indentificar los casos en los que el arreglo alternativo de los conflictos es posible[79], y exige tanto de servidores públicos como de contratistas una actitud de negociación[80].

2. EL ARBITRAJE

289. *Solución antigua, estimulada hoy.* El arbitraje en materia contractual administrativa no es una institución reciente en nuestro derecho. Nunca existió una prohibición general de incluir cláusulas compromisorias en los contratos de la administración[81], y el antiguo estatuto contractual las prevía en su artículo 76[82]. Sin embargo, la Ley 80 dio mayor importancia al arbitraje en la solución de las controversias contractuales.

---

78 CEC, Sección Tercera. Auto del 22 mayo de 1997, Tisnes Idarraga y Asociados Ltda, t. 337, fls. 384 a 397.

79 Art. 75 Ley 446: "*Comité de conciliación*. La Ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo así: Artículo 65B. Las entidades y organismos de derecho público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios, capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismo niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designe y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad".

80 Art. 74 Ley 446: "*Sanciones*. El artículo 64 de la Ley 23 de 1991 quedará así: Artículo 64. La inasistencia injustificada de las partes o sus apoderados a la audiencia de conciliación o la negativa, igualmente injustificada, a discutir las propuestas formuladas, se sancionará con multa hasta de diez (10) salarios mínimos mensuales legales a favor del Consejo Superior de la Judicatura". Art. 22 Ley 640 de 2001: "*Inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudical en derecho*. Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos".

81 Contrariamente al derecho administrativo francés en el que el arbitraje está en principio prohibido en los contratos de la administración. RICHER. Ob. cit., p. 285.

82 Art. 76 Dcto. Ley 222 de 1983: "*De la cláusula compromisoria*. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho. La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el título IV" (caducidad, interpretación y modificación unilaterales).

290. *Prohibición de prohibir.* En primer lugar, el artículo 69 insiste sobre la regularidad del mecanismo. "Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal"[83]. En la práctica, esta prohibición general, sumada al derecho de las partes a solicitar a la otra un compromiso si el contrato no contiene cláusula compromisoria[84], hacen muy frecuentes los arbitrajes en los contratos estatales, y el Consejo de Estado los ha admitido incluso en los procesos ejecutivos[85].

291. *Una garantía para los inversionistas extranjeros.* Además, el legislador promovió el arbitraje para brindar mayores seguridades a las empresas extranjeras contratistas. Dada la importancia que la Ley 80 otorga a los contratos de larga duración, como la concesión y las fiducias (nums. 4 y 5 art. 32), el artículo 74 define un arbitramento o pericia técnica destinados a resolver las diferencias estrictamentes técnicas si entorpecen la ejecución del contrato[86]. En la misma línea, el artículo 70 prevé la posibilidad de intervención de un tribunal de arbitraje designado por un organismo internacional en el caso de contratistas extranjeros, así como en los contratos que incluyen financiamiento a largo plazo o en los contratos de concesión[87].

---

83 Más aún, el artículo extiende la prohibición "a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales".

84 Art. 71 Ley 80 de 1993: "*Del compromiso*. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un tribunal de arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo".

85 "1.1. Si bien la Sala, en anteriores pronunciamientos, había sostenido que no es jurídicamente posible pactar la cláusula compromisoria para el conocimiento de los procesos ejecutivos que se deriven de los contratos estatales, por cuanto los tribunales arbitrales son jueces excepcionales, investidos de autoridad temporal, para decidir sobre precisas materias en donde los derechos reclamados se encuentran en controversia, la Corte Constitucional ha sentado el criterio jurisprudencial según el cual el artículo 116 de la Carta Política no limitó dicha posibilidad…" (CEC, Sección Tercera. Auto del 12 de agosto de 1999, Municipio de Villavicencio, t. 400, fls. 350 a 359).

86 Art. 74 Ley 80 de 1993: "*Del arbitramento o pericia técnicos*. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva". Sobre la noción de pericia ténica, PEÑA. "Solución de controversias en la contratación estatal", cit., p. 253.

87 Ult. inc. art. 70 Ley 80 de 1993 : "… En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional".

292. *Sentencia definitiva*. Por último, el artículo 72 restringió de manera significativa las causales de anulación de las sentencias arbitrales que pueden esgrimirse como soporte del recurso ante el contencioso administrativo[88]. Esta restricción se ha visto reforzada por la jurisprudencia que no acepta otros motivos[89] e interpreta las causales de manera estricta.

El Consejo de Estado rechazó un recurso fundado en la causal 4.ª (decisión *extra* o *ultra petita*) contra una sentencia arbitral por haber realizado la liquidación del contrato, no solicitada en la demanda. La alta corporación consideró que la interpretación de la demanda permitía deducir la inclusión de una pretensión en este sentido[90]. Por otro lado, la jurisprudencia considera que el tribunal de arbitramento tiene amplia competencia para analizar la impertinencia de una prueba que rechaza[91], con lo que la causal primera (rechazo injustificado de una prueba pedida) se ve restringida.

La exclusividad de los motivos señalados por la ley es tan drástica que el Consejo de Estado rechaza la prosperidad del recurso fundado en irregularidades graves, como la constitución ilegal del tribunal, el laudo extemporáneo, la caducidad de la acción[92], la falta de jurisdicción[93] e incluso la violación del debido proceso[94]. En todos estos eventos el argumento del rechazo del recurso es simple y contundente: se trata de causales no incluidas en el artículo 72 de la Ley 80.

---

88 Art. 72 Ley 80 de 1993: "*Del recurso de anulación contra el laudo arbitral*. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el tribunal de arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Son causales de anulación del laudo las siguientes: 1.º Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos. 2.º Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 3.º Contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento. 4.º Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. 5.º No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. El trámite y efectos del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia".

89 CEC, Sección Tercera. 26 de abril de 1999, Telesantamarta, t. 395, fls. 81 a 111.

90 CEC, Sección Tercera. 25 febrero de 1999, Paconar Ltda. Contratistas, t. 391, fls. 96 a 126.

91 CEC, Sección Tercera. 11 de septiembre de 1997, Fábrica de Licores del Tolima, t. 351, fls. 77 a 94.

92 CEC, Sección Tercera. 10 de agosto de 2000, Invías, t. 426, fls. 292 a 338

93 CEC, Sección Tercera. 27 de julio de 2000, Invicali, t. 424, fls. 228 a 247.

94 CEC, Sección Tercera. 14 de junio de 2001, General de Provisiones Ltda., t. 456, fls. 276 a 326. No obstante, el Consejo de Estado reconoció la procedencia del recurso por violación del debido proceso: CEC, Sección Tercera, 27 de julio de 2000, Universidad de la Guajira, t. 427, fls. 200 a 227.

De manera general, el Consejo de Estado explica que el recurso no puede entenderse como una apelación de la decisión arbitral[95]. El tiene por objeto la revisión de la decisión en lo procedimental y no en el juzgamiento, lo cual impide al juez administrativo analizar los fundamentos de derecho sobre los que se afianza el tribunal de arbitramento[96].

293. La autonomía de la administración en la resolución de controversias contractuales es la consecuencia de una evolución sobre las posibilidades jurídicas ofrecidas a las partes. El ensanchamiento de la resolución directa o a través de mecanismos alternativos a la jurisdicción no fue posible sin reconocer mayor flexibilidad a la competencia administrativa en este campo. El legislador y la jurisprudencia promueven ampliamente la actitud de negociación entre las partes a través de estímulos, e incluso de la amenaza de sanciones.

Pero la otra cara de la moneda es el peligro de los mecanismos alternativos. Lejos de la mirada vigilante del juez, las partes pueden llagar a acuerdos en extremo flexibles que no corresponden a los intereses públicos sino personales de quienes los suscriben. Los escándalos recurrentes sobre la corrupción a través de conciliaciones y dichos mecanismos de solución de conflictos son una prueba de ello. Frente a estos riesgos la jurisprudencia se esfuerza por controlar el ejercicio de dichos mecanismos[97]. Por un lado, son numerosas las decisiones de improbación de conciliaciones por falta de los requisitos elementales que permiten deducir la verdadera responsabilidad de la administración, así como el monto del perjuicio del contratista. En fin, el Consejo de Estado restringe el campo de acción del arbitraje al considerar que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos contractuales[98], aunque veremos cómo esta restricción tiende a ser

---

95 CEC, Sección Tercera, 11 de mayo de 2000, Seguridad Dincolvip Ltda., t. 416, fls. 350 a 372; 18 de abril de 2000, Consorcio Delgado Chavarro y Departamento del Huila, t. 417, fls. 366 a 406; 24 de mayo de 2000, ISS, expediente 15097.

96 CEC, Sección Tercera, 15 de mayo de 1992, Carbocol, t. 159, fls. 23 a 140; 12 de noviembre de 1993, Consorcio Impregilo SPA, Estruco S. A., t. 211, fls. 250 a 347; 24 de octubre de 1996, Consorcio Spie Batignolles-Campenon Bernard, t. 322, fls. 75 a 130; 11 de septiembre de 1997, fábrica de licores del Tolima, t. 351, fls. 77 a 94.

97 "A título de reflexión final, vale la pena advertir que la conciliación contencioso administrativa constituye, sin duda, un mecanismo valioso en la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no solo porque deja menos huellas negativas en las partes sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales. Tal circunstancia, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley" (CEC, Sección Tercera. Auto del 7 de octubre de 1999, Unidad Médica Zora Ltda., t. 403, fls. 273 a 281).

98 CEC, Sección Tercera. 23 de febrero de 2000, Consorcio Hispano Alemán, Consejo de Estado, t. 411, fls.

menor debido a la evolución jurisprudencial sobre la distinción entre los actos contractuales administrativos y los actos posibles en las relaciones entre particulares (infra n.º 447 y ss.).

294. La responsabilidad contractual de la Ley 80 es un reflejo del contractualismo. Es otra manifestación de la voluntad de ofrecer mayor igualdad a las relaciones contractuales. Más dinámica, la actividad contractual impone un tratamiento distinto tanto de servidores públicos como de contratistas.

En la concepción tradicional de la contratación pública, la vigilancia constante de las entidades contratantes a través de múltiples controles de tutela y autorizaciones da una imagen de *incapaces relativos*. Su irresponsabilidad *natural* hace necesarios los controles. Por el contrario, en el contractualismo planteado por la Ley 80 el legislador busca dar a los contratantes un tratamiento de *majores*. Por lo tanto, era necesario reconocerles su *capacidad* o *competencia integral* para que puedieran actuar de una manera más responsable. Entre más se les otorga libertad de actuar, mayor debería ser su responsabilidad. Había entonces que dejarlos actuar y decidir, bajo reserva de fuertes sanciones en caso de uso abusivo de su libertad. El sistema pretende compensar la supresión de los controles de tutela por un refuerzo de la responsabilidad *a posteriori*.

La modificación de la concepción sobre la responsabilidad no sólo tiene repercusión sobre el peso de la responsabilidad personal. También hay un esfuerzo por permitir a los servidores públicos el reconocimiento de los errores de la administración contratante y, más genéricamente, el disfuncionamiento del contrato según las previsiones iniciales consignadas en sus cláusulas. Así, el contractualismo también ofrece mecanismos eficaces para solucionar los litigios contractuales con un mayor margen de negociación que debe generar economía de tiempo y de dinero, respetando al mismo tiempo los derechos legítimos de los colaboradores contratistas.

Sin embargo, el sistema descansa completamente sobre la efectividad de los mecanismos de control. El legislador de 1993 trasladó el control de la actividad contractual en lo temporal e institucional, lo que conllevaba un riesgo significativo cuyas manifestaciones apreciamos ampliamente hoy. Los controles se ejercen después de la ejecución de los actos, lo que significa que su función no es de prevención sino de sanción. Además, no son realizados fundamentalmente por la entidad contratante sino por los organismos de control, en especial las contralorías, la Procuraduría y la Fiscalía.

---

96 a 222; 24 de mayo de 2001, Consorcio de Ganaderos de Santa Marta; Comité de Ganaderos de Santa Marta; Sociedad Comercial Ganadera del Magdalena Ltda., t. 455, fls. 11 a 32; 23 de agosto de 2001, IDU, t. 460, fls. 9 a 55; CCC, 25 de noviembre de 2000, Bertha Isabel Suárez Giraldo, C-1436-00.

En el sistema diseñado por la Ley 80 estas dos características deberían permitir a la vez mayor autonomía y responsabilidad por cuanto aquél separa los roles de gestión y de control, y al mismo tiempo otorga la competencia fundamental de control a organismos imparciales, ajenos a la administración. Con todo, la efectividad del control sólo sería posible con un desarrollo considerable de los organismos de control a varios niveles. A nivel humano, por cuanto la actividad contractual concentra dificultades de orden jurídico y técnico que no están al alcance de profesionales medianamente formados. Ello se ha hecho evidente con la complejidad de las concesiones de todo tipo o la privatización en el sector eléctrico, por ejemplo. A nivel de infraestructura, por cuanto el volumen de contratos del Estado exigiría un desarrollo institucional considerable de los organismos de control para poder adaptarlos a las exigencias del control. Y a nivel de información por cuanto la posibilidad real de control reposa también sobre la posibilidad de conocer oportunamente las irregularidades para poderlas investigar.

Pero en ninguno de estos niveles vemos progresos significativos, pese a la preocupación institucional y a las nuevas medidas, como la creación del Sistema de Información de la Contratación Estatal (SICE) creado por la Ley 598 de 2000, que se concentra en la lucha contra los sobreprecios[99]. La Fiscalía no muestra resultados significativos sobre la represión de los delitos contractuales, y la decena de funcionarios de la Delegada de Contratación Estatal de la Procuraduría General no puede combatir el primer foco de faltas disciplinarias de la administración pública.

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO SEGUNDO

295. El legislador otorgó una gran autonomía a las entidades contratantes para que pudisen dar al contrato toda su amplitud como instrumento de gestión administrativa. Más libres, los funcionarios puden organizar mejor el sistema de competencias y determinar el contenido de los contratos, pueden solucionar más fácilmente las controversias contractuales y conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas. Más libres, las partes pueden reconocer mejor sus compromisos bajo el respeto de la buena fe, pese a las fallas formales de los procedimientos de contratación.

---

99 Contraloría General de la República. "5422 letras, 23 de noviembre de 2000", en página Internet de la institución.

Pero la autonomía no es un privilegio personal. Como toda libertad, conlleva un contrapeso significativo. Primero, por el peso de la decisión. Menos reglamentaria, la competencia contractual adquiere una flexibilidad enorme en la escogencia de los contratos y su contenido, pero al mismo tiempo los riesgos de malos contratos aumentan. La elaboración de buenos pliegos para cada contrato, así como la redacción pertinente de las distintas cláusulas contractuales, se tornan absolutamente fundamentales. El análisis y la previsión de los distintos riesgos de los complejos montajes contractuales o de la ingeniería financiera de los contratos de concesión, así como los riesgos de los acuerdos informales, exigen calidades importantes del administrador público. Segundo contrapeso significativo: las consecuencias de la decisión equivocada, tanto a nivel de la responsabilidad personal de los servidores públicos como a nivel de la responsabilidad administrativa de la entidad contratante. En fin, la autonomía significa también una mayor igualdad real, y la igualdad conlleva mayores riesgos para el contratista de la administración, quien ve disminuida la solidaridad de la entidad, despojada de su rol de tutor de sus intereses económicos.

CONCLUSIÓN DE LA PRIMERA PARTE

296. La recuperación de la lógica contractual es la reafirmación del carácter instrumental del contrato, que deja de tener su esencia en la creación soberana de las partes expresada en las cláusulas contractuales en el momento de su celebración, o en la voluntad poderosa y privilegiada de la administración pública contratante. El contrato estatal es a la vez un *instrumento de realización de las finalidades públicas*, pero al mismo tiempo un *instrumento de intercambio económico*. El equilibrio entre estos dos intereses determina la dinámica contractual.

El contrato es más flexible para tener en cuenta los intereses convergentes y no opuestos de las partes. El respeto de la palabra dada, fundamento de la seguridad jurídica del contrato, adquiere entonces un sentido objetivo. Más allá de la voluntad interna o expresada, es el equilibrio objetivo inicial el que se ve privilegiado y protegido. A partir de esta concepción, la administración dispone, a través del contrato, de un intrumento más maleable y próximo a los medios del derecho privado.

Con todo, la autonomía reconocida a la administración se fundamenta en ciertas finalidades de la actividad contractual que no puede ignorar ni pasar por alto. En el fondo, la lógica contractual afirmada por la Ley 80 se acompaña de la *persistencia del derecho público*, que abordaremos en la segunda parte de este estudio.

SEGUNDA PARTE

Persistencia del derecho público

297. *Límites de la autonomía de la voluntad.* Los esfuerzos del legislador por ensanchar el espacio contractual al ofrecer mayor flexibilidad a la administración contratante no permiten concluir sin embargo que el régimen jurídico fue simple y llanamente privatizado. La mayor dificultad de las últimas reformas jurídicas sobre los temas administrativos es la permanente mezcla entre los regímenes público y privado. La noción de la autonomía de la voluntad aplicada a la administración pública no es entonces simple en su desarrollo concreto. En la mayoría de casos se identifica con un espacio de libertad reconocido a la administración, sin que ello signifique una verdadera autonomía. Tanto en las discusiones parlamentarias sobre el proyecto de ley[1] como en la jurisprudencia[2] la afirmación del principio es de inmediato limitada por un marco estricto del comportamiento de la administración. Al reconocer los imperativos de eficacia y *retabilidad administrativa* de la gestión pública la ley acepta holgadamente el funcionamiento de las entidades estatales bajo los parámetros del derecho privado más igualitarios para las partes contratantes. Pero, consciente de los deberes y responsabilidades particulares del Estado con relación a los servicios públicos a su cargo, el legislador define las finalidades de interés general que deben guiar siempre las acciones adminsitrativas incluso cuando utilizan los medios de derecho privado.

Sin lugar a dudas, las distintas manifestaciones del orden público limitan toda noción de autonomía de la voluntad, aun en el derecho privado[3]. Pero en el caso de la administración el espacio de libertad reconocido por la Ley 80 está orientado y limitado de manera particular por la misma ley. La aplicación del derecho privado a los contratos de la administración no puede aislarse de esta realidad. La regla general de aplicación del derecho privado instaurada por el artículo 13 debe entonces analizarse a la luz de los principios del artículo 28

---

1 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 112; ponencia para el primer debate en las comisiones cuartas de Senado y Cámara, ibíd., p. 150; ponencia para segundo debate en Senado, ibíd., p. 161, y ponencia para segundo debate en Cámara, ibíd., p. 168.

2 CCC, 25 de mayo 1995, Alvaro Palau Aldana, demanda de inconstitucionalidad del artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, expediente C-230; 18 de abril de 1996, Ligia López Díaz, demanda de inconsti-tucionalidad del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, expediente C-154; 4 de septiembre de 1997, Alejandro Ochoa Botero, demanda de inconstitucionalidad del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, expediente C-429; 2 de junio de 1999, Juan Carlos Morales Trujillo, demanda de inconstitucionalidad del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, expediente C-400; CEC, Sección Tercera. 1.º de junio de 1995, Jorge Eliécer Rodríguez Saavedra, t. 279, fls. 367 a 405; CEC, Sección Tercera. Auto del 4 de junio de 1998, Carlos Mario Hincapie Molina, t. 373, fls. 43 a 71.

3 Cfr. capítulo "La autonomía de la voluntad", supra n.os 99 y ss.; CEC, Sección Tercera. 4 de mayo de 2000, María Carolina Rodríguez, t. 416, fls. 392 a 411.

sobre la interpretación de las reglas contractuales, según el cual siempre hay que tener en cuenta las *finalidades y los pricipios establecidos por la ley*[4].

298. *El orden público administrativo.* Las *finalidades* y *principios* de la actividad contractual constituyen entonces los parámetros del *orden público administrativo* que dan valor y dimensión concreta a la autonomía reconocida a las entidades estatales[5].

El *orden público administrativo* no se manifiesta como un medio de *protección* de una de las partes contratantes o de *orientación* hacia ciertos valores económicos o sociales, como ocurre en los contratos de derecho privado entre particulares, sino como la esencia y razón de ser del comportamiento contractual. La voluntad se encuentra así guiada por las finalidades establecidas por el derecho positivo aun si los medios para alcanzarlas son más flexibles.

La libertad reconocida a la administración no tiene ninguna justificación ni legitimidad si no está orientada hacia el cumplimiento de las tareas y finalidades públicas. No se trata entonces de una libertad reconocida a los servidores para que ejerzan sus competencias según su libre criterio, sino de una flexibilidad de la administración para que logre mejor sus misiones[6]. Esta orientación específica de la función administrativa contractual se establece por la Constitución, y los distintos *derechos y deberes de las partes contratantes* representan ejemplos de su concreción.

299. *La función administrativa: marco general.* La Constitución de 1991 establece en su artículo 2.º que el Estado no existe para sí mismo sino para el servicio de la comunidad y para garantizar la efectividad de los principios, los derechos y los deberes consagrados en la Carta.

> Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar es necesario precisar que, como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administra-

---

4 Art. 28 Ley 80 de 1993: "*De la interpretación de las reglas contractuales*. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, *se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley*, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" (cursivas fuera de texto).

5 Sobre las finalidades de interés general como orientadoras de toda la actividad contractual: CCC, 2 de junio de 1999, Juan Carlos Morales Trujillo, demanda de inconstitucionalidad del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, sentencia C-400-99.

6 CEC, 1.º de junio de 1995, Jorge Eliécer Rodríguez Saavedra, cit.

tiva se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación[7].

"La libertad contractual que se ha predicado –explicaba el Gobierno en la exposición de motivos del proyecto de la Ley 80– no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio interés público"[8]. El reconocimiento de una autonomía de la voluntad de la administración delimitada por imperativos de orden público exige que las normas destinadas a reglamentar el interés público o las necesidades administrativas en materia contractual sean instituidas como directivas destinadas al conjunto de la administración para la realización de sus finalidades.

300. La actividad contractual debe así respetar los principios constitucionales de la función administrativa[9]. Se trata entonces de un intento de equilibrio entre una administración dinámica y el respeto de los pricipios públicos, lo que impone una interpretación particular de todos los temas. Es así como frente a la noción de eficiencia la Corte Constitucional ha explicado "que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros –casi siempre limitados– de los que dispone la hacienda pública". La Corte concluye así que "la administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en

---

7 CCC, 19 de marzo de 1997, Norberto Ríos, Tulio Elí Chinchilla, Alberto León Gómez, Carlos Alberto Ballesteros, Germán Enrique Reyes, demanda de inconstitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, expediente 1430. "Así, por ejemplo, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corrresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo".

8 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p 108. En el mismo sentido DÁVILA VINUEZA. "Aspectos fundamenales del régimen actual de contratación estatal", cit., p. 13.

9 Art. 209 C. N.: "la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones…". J. BENDECK OLIVELLA. "Los pilares findamentales de la contratación administrativa", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 16; H. RIVEROS SERRATO y L. LEÓN NAVAS. "Perspectiva constitucional de la Ley 80 de 1993", en *Régimen de contratación estatal*, cit., pp. 11 a 34.

suma, de bondad de la actuación estatal 'en su resultado'. Obsérvese al respecto que es justamente el principio de la eficacia el que permite valorar el uso que el agente le ha dado a una facultad discrecional"[10].

En otro fallo, la Corte explica que "para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución"[11].

301. *Prerrogativas y deberes: marco particular.* Las finalidades públicas implícitas en todo contrato estatal imponen prerrogativas, derechos y deberes particulares. El Consejo de Estado resalta que la administración conserva una posición privilegiada en la relación contractual debido a las finalidades de interés público implícitas en todo contrato[12]. Pese a ello, no hay que olvidar que los artículos 4.º y 5.º de la ley desarrollan una serie de deberes y derechos de las partes contratantes que tienen por objeto el cumplimiento de las finalidades contractuales establecidas en el artículo 3.º, que, como hemos visto, incluyen tanto el interés general como el lícito interés económico individual de los contratistas.

302. *¿Equilibrio desbordado?* El legislador intentó mantener un equilibrio entre los medios de derecho privado y las finalidades de derecho público. El peso del *orden público administrativo* no debería anular la autonomía reconocida a la administración. Sin embargo, este objetivo no parece haber sido alcanzado. Por una parte, el análisis del derecho positivo, partiendo de la misma Ley 80, refleja una *racionalización relativa del sistema* (tít. I). Por otra parte, la jurisprudencia sobre la materia lo *desborda ampliamente* (tít. II).

---

10 CCC., Sentencia C-479 de 1992, Pedro José Suárez Vaca y otros, Demandas de inconstitucionalidad acumuladas contra el artículo 2.º de la ley 60 de 1990 y el Decreto Ley 1660 de 1991.

11 CCC. sentencia C-449 del 9 de julio de 1992, citada por H. RIVEROS y L. LEÓN. "Perspectiva constitucional de la Ley 80 de 1993", en *Régimen de contratación estatal*, cit., p. 14. El Consejo de Estado resalta que aun en los contratos regidos por el derecho privado, como el arrendamiento, no se pueden perder de vista las finalidades particulares de la administración. CEC, Sección Tercera, 4 de mayo de 2000, María Carolina Rodríguez, t. 416, fls. 392 a 411.

12 CEC, Sección Tercera, Auto del 20 de agosto de 1998, Universidad del Tolima, t. 378, fls. 228 a 247.

TÍTULO PRIMERO
RACIONALIZACIÓN RELATIVA DE LOS TEXTOS

303. *Restringir sin asfixiar.* El análisis de los textos muestra la intención legislativa de proteger el espacio contractual. Las críticas del antiguo estatuto favorecieron un esfuerzo por reconocer las particularidades de la actividad contractual de la administración sin borrar la trascendencia del acuerdo de voluntades. Pese a la importancia de los principios de derecho público existentes en todo contrato estatal, la Ley 80 intenta reducirlos al mínimo indispensable necesario para garantizar el cumplimiento de las finalidades contractuales. Por ello, el artículo 13 establece la regla general de aplicación del derecho privado, salvo las excepciones determinadas de manera concreta por los textos que indican la aplicación del derecho administrativo.

En este difícil equilibrio aparecen, por un lado, *las restricciones a la libertad de contratar* (cap. primero), que imponen caracteres especiales a los contratos de la administración, y por otro lado, la *restricción de las prerrogativas de poder público* de las entidades contratantes (cap. segundo).

CAPÍTULO PRIMERO

Restricciones a la libertad de contratar

304. Si la libertad contractual no constituye una prerrogativa del servidor público sino un intrumento destinado a lograr mejor la satisfacción de las necesidades de interés general, es necesario definir el marco jurídico de funcionamiento. El gasto público debe, a través de la gestión contractual, respetar las normas generales que garantizan su racionalidad e imparcialidad. El derecho positivo aparece como el contrapeso objetivo de la libertad contractual según los principicios más generales de la función administrativa.

305. Pero este equilibrio delicado debe ofrecer una reglamentación suficiente sin asfixiar la dinámica contractual. El legislador de 1993 intentó lograrlo al establecer limitaciones tanto de la *competencia y la capacidad* (I) como de *la libertad en la selección de los contratistas* (II).

I. LIMITACIONES A LA COMPETENCIA Y A LA CAPACIDAD

306. *Exigencias contractuales.* Aun cuando la administración ganó libertad en el ejercicio de su actividad contractual, como lo hemos visto[13], el interés general, en cuanto se ve afectado por el contrato estatal, exige el respeto de ciertos principios que desbordan el marco estrictamente contractual. Las exigencias de la función administrativa imponen particularidades inexistentes en las relaciones entre particulares. Así, tanto el ejercicio de la competencia contractual de las entidades estatales como el de la capacidad de los contratistas encuentran límites con independencia del carácter público o privado del contrato. La sola presencia de la administración impone particularidades en cualquier tipo de contrato que ella celebra. Tal es el caso de las *reglas presupuestales* (A) y de ciertas *restricciones a la capacidad de los contratistas* (B). En un caso como en el otro prevalece la preocupación por la eficacia en la gestión contractual según los parámetros del derecho público, pero también la promoción de la transparencia.

A. REGLAS PRESUPUESTALES

Las reglas presupuestales tienen una *fuente constitucional* (1), y una importancia evidente en los procedimientos de celebración de contratos, pero también en su ejecución, en particular frente a los *contratos adicionales* y, genéricamente, frente a toda modificación contractual (2). Con todo, la *práctica contractual* relativiza las restricciones normativas (3).

---

13 Ver el capítulo "Libertad", supra n^{os} 189 y ss.

1. FUENTE CONSTITUCIONAL

307. *Obligación de aprobación de todo gasto público.* Más allá del campo contractual, todo gasto público está sujeto a las reglas y principios presupuestales que se imponen a la administración y a las entidades públicas en general. Según un principio constitucional esencial de las democracias liberales, todo gasto público debe estar precedido de su aprobación por la corporación de elección popular, esto es, según la jurisdicción territorial de la entidad, el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales. Este principio está consagrado en la Constitución Política en los términos siguientes:

> Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.
>
> Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

308. *Respeto de los principios de la ley orgánica del presupuesto.* La preocupación del constituyente por la racionalización y transparencia del gasto público fue reforzada por la previsión en la misma Carta de una ley de tipo *orgánico* que reglamenta la adopción de las leyes anuales de presupuesto. Este tipo de leyes orgánicas tiene la particularidad de situarse jerárquicamente sobre las leyes ordinarias y por consiguiente estas deben respetar sus disposiciones so pena de ser declaradas inconstitucionales por la jurisdicción[14]. Así, los presupuestos anuales de las entidades públicas deben respetar no sólamente los principios constitucionales, sino también las formalidades impuestas por la ley orgánica del presupuesto, como lo lo afirma la Corte Constitucional[15].

El Decreto Ley 111 de 1996 (estatuto orgánico del presupuesto nacional) establece que todo gasto debe tener *certificados de disponibilidad previos* y *registro presupuestal*, lo que permite a la vez controlar el gasto y asegurar su obliga-

---

14 Art. 151 C. N.: "El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara".

15 CCC, 10 de diciembre de 1998, José María Armenta Fuentes, demanda de inconstitucionalidad del parágrafo 1.º del artículo 4.º y del parágrafo del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, D-2107, C-772-98.

ción de inversión según los programas de cada entidad pública. Además la obligación de disponibilidad se complementa con la del registro, operación que consiste en la inscripción de los valores, formas de pago y plazos de gasto en los libros de ejecución presupuestal. El prinicipio de ejecución anual del presupuesto exige en fin las autorizaciones particulares de los organismos de planificación cuando los proyectos de mediano o largo plazo exigen apropiaciones sobre presupuestos futuros[16], lo que distancia fundamentalmente el gasto público de la libertad de inversión del sector privado, así como de sus cálculos y gestión presupuestal.

309. *Consecuencias en la Ley 80.* En concordancia con estos principios, y dejando de lado el problema de la incidencia del Decreto Ley 111 sobre los requisitos de perfeccionamiento del contrato (supra n.º 238), la Ley 80 impone a las entidades contratantes una serie de previsiones que concretan el principio de economía en la formación de los contratos. El numeral 6 del artículo 25 afirma que "las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales", y el numeral 7 del mismo artículo recuerda que "la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso". En aras de promover el espíritu de previsión, el numeral 13 impone incluso el deber de constituir "las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios". Más aún, consciente de los límites de lo que resulta *previsible*, el legislador estableció el deber complementario de incluir "en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados" (num. 14).

310. Sin duda alguna, las reglas presupuestales establecidas por la Constitución restringen la flexibilidad de la administración. Por ello la Corte Constitucio-

---

16 Art. 71 Dcto. Ley 111 de 1996: "Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin [...] En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados".

nal declaró violatorios de los principios establecidos por el artículo 345 de la Carta el parágrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 80 que daba una gran flexibilidad a las entidades contratantes para "realizar directamente los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar" con el fin de disponer de los recursos necesarios para pagar los contratos fruto de una declaración de *urgencia manifiesta*. Si bien la propia Corte consideró acorde con la Constitución la posibilidad de "hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente, con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta" (parág. art. 42), la sentencia recuerda que "la modificación a la ley anual de presupuesto corresponde exclusivamente al legislador, salvo el caso de las facultades que corresponden al Presidente de la República durante los estados de excepción"[17]. Por consiguiente, la inclusión de la totalidad de los gastos públicos es una responsabilidad del Gobierno, que puede además presentar al Congreso, en forma paralela, si es necesario, proposiciones sobre nuevos créditos o la modificación de los existentes, si considera que los recursos legalmente autorizados no son suficientes para pagar los gastos proyectados[18]. La Corte resalta que "el constituyente fue en extremo cuidadoso al brindarle tanto al ejecutivo como al legislador las herramientas necesarias para que en materia presupuestal se cumplan de manera rigurosa los principios rectores que él mismo determinó para ella. Entre ellos el principio de legalidad, al que ya se refirió la Sala en esta providencia, y el principio de 'especialización', consagrado en el aparte final del artículo 345 de la Carta, que señala 'que no se podrá transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto'"[19].

---

17 CCC. 10 de diciembre de 1998, José María Armenta Fuentes, cit. En el mismo sentido, sentencia C-581 de 1997.

18 Art. 346 C. N.: "El Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropiaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y los presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura. En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo. Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones". Art. 347: "El proyecto de Ley de Apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudien el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados. El Presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente".

19 CCC, 10 de diciembre de 1998, José María Armenta Fuentes, cit.

2. RESTRICCIONES EN LOS CONTRATOS ADICIONALES

311. *Los contratos adicionales frente al proceso de selección del contratista.* El respeto de las reglas presupuestales es fundamental para la racionalidad de la gestión contractual, pero su importancia no se limita a ella, puesto que concierne también a los principios fundamentales de transparencia y de igualdad de los proponentes. La formulación clara y real de las necesidades de la administración, y el respeto de las previsiones sobre los gastos durante la ejecución del contrato, constituyen exigencias indispensables desde el punto de vista de la verdadera concurrencia entre los proponentes. Dejando de lado el problema de la responsabilidad de la entidad contratante frente a su contratista, las modificaciones de las condiciones de ejecución del contrato pueden invalidar de hecho el procedimiento de selección y desbordar así los intereses de las partes contratantes, afectar la moral pública y el principio de libre concurrencia.

En Francia, tanto la evolución del derecho positivo como la jurisprudencia han conducido en los últimos años a una determinación estricta de la posibilidad de contratos adicionales. El artículo 19 del nuevo Código de *Marchés Publics* (Dcto. 2004-15 del 7 de enero de 2004) precisa un principio existente en el antiguo Código de 1964, al prescribir que, "salvo sujeciones técnicas imprevistas ajenas a las partes, un contrato adicional no puede variar fundamentalmente la economía del contrato ni cambiar su objeto". El Consejo de Estado francés acude a la jurisprudencia tradicional sobre la modificación unilateral del contrato, de las sujeciones imprevistas y de la imprevisión para determinar el momento a partir del cual considera que la economía del contrato se ha variado fundamentalmente. Así, las modificaciones inferiores al 12% del precio global de la obra no constituyen variación fundamental de la economía del contrato[20]. Por el contrario, un aumento del 43% del precio inicial del contrato fue considerado como variación fundamental aun cuando el objeto del contrato no había cambiado[21], e incluso el aumento de tarifas en un 18% también fue considerado ilegal[22].

---

20 CEF, 17 de junio de 1985, *Société Cogeci*, Req. n.º 46.774, BJDCP, 1998, p. 37.

21 CEF, 8 de marzo de 1996, *Commune de Petit-Bourg*, Req. n.º 165.075. Concl. Chrsitine Chantepy, BJDCP, 1998, p. 37. Cfr. también Tribunal Administrativo de Lille (2.º Ch) 8 de julio de 1998, *Préfet du Pas-de-Calais c- Commune de Béthune-Société Dumez e.p.s,* Req. n.º 98-1022, Concl. Thibout Célérier, BJDCP, 1998, p. 40: ilegalidad del contrato adicional que tenía por objeto el pago de obras disociables de las previstas por el contrato inicial; Tribunal Administrativo de Nice (1e Ch) 6 marzo de 1998, *Association Menton Héritage, Présent et Futur c- Commune de Menton, Compagnie générale des eaux,* Req. n.º 93-2700 y 93-3767, Concl. Alain Fouchet, BJDCP, 1998, p. 57: contrato adicional a un contrato de concesión de suministro de agua potable, por medio del cual se adicionaron obras para la construcción de una estación de tratamiento.

22 Tribunal Administrativo de Dijon (2 Ch) 5 de enero de 1999, *M. Denis Roycourt et Association Auxerre*

La selección del contratista está guiada por el llamado a la competencia según las necesidades de la administración y los criterios objetivos determinados previamente por la entidad contratante en el pliego de condiciones de la licitación. Si las prestaciones contractuales se modifican durante la ejecución del contrato, la transparencia del proceso se ve falseada. Sería en efecto posible que, fruto de las modificaciones, otros candidatos distintos del seleccionado se presentaran o formularan propuestas mejores según los nuevos parámetros de ejecución del contrato.

El principio de igualdad de los proponentes exige, de una parte, el respeto de las reglas técnicas y económicas establecidas inicialmente por la administración en el pliego de condiciones y, de otra parte, una limitación de la posibilidad de suscribir contratos adicionales.

312. *Limitación de los contratos adicionales.* El parágrafo del artículo 40 establece que "los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales". Consciente de las limitaciones de la previsibilidad, el legislador autorizó la modificación de los términos contractuales sin que un nuevo contrato sea necesario. El porcentaje significativo autorizado acuerda una amplia flexibilidad a la entidad contratante pero al mismo tiempo fija un tope después del cual se viola el principio de concurrencia del proceso de selección del contratista. El Consejo de Estado anuló un contrato adicional que reconocía un valor 6 veces superior al contrato de obra inicial. En el proceso contencioso se estableció que la entidad contratante había incurrido en fallas de planificación al establecer el costo de la obra, y que por razones presupuestales había lanzado una licitación por un valor inferior a la totalidad de la misma. La alta corporación critica esta irracionalidad en el gasto público así como la falta de celo del contratista que firmó el contrato sabiendo que su costo real era fundamentalmente superior.

> El ejercicio de la autonomía privada implica para las partes del negocio la observancia de la carga de claridad y precisión, que en materia contractual administrativa adquiere particular relevancia, por la consideración que los actos y negocios jurídicos que celebren las entidades públicas están sujetos de ordinario al cumplimiento de precisos requisitos de naturaleza legal, establecidos como una necesaria garantía de la claridad y transparencia que debe mediar en todo el proceso de contratación, y sin los cuales no pueden aspirar las partes a derivar efectos vinculantes del negocio celebrado, más allá del acto de disposición de intereses objeto de regulación.

Y continúa el Consejo de Estado: "No resulta admisible, entonces, que luego de suscrito un contrato en el que de manera clara e inequívoca se manifiesta su valor, que por lo demás fue el que presidió la etapa de selección del contratista, se pueda, sin más, durante la ejecución del mismo, aumentar su valor, en tamañas

proporciones, pues por ese camino resultaría fácil eludir las claras disposiciones que pretenden una total transparencia en la ejecución de los contratos"[23].

3. UNA PRÁCTICA CONTRASTANTE

313. *Una realidad compleja*. Pese a la búsqueda de racionalidad, no podemos desconocer que la práctica se revela con frecuencia en extremo compleja. La realidad de la administración cotidiana *impone* soluciones a menudo contrarias a las disposiciones legales. Funcionarios y contratistas explican que las condiciones cotidianas de la gestión pública hacen ilusorias las disposiciones de planificación ordenadas por las leyes[24]. Las reglas presupuestales imponen la ejecución presupuestal anual so pena de perder los recursos atribuidos. Los últimos meses del año fiscal se caracterizan entonces por una fuerte concentración de la celebración de contratos.

La ausencia de coherencia estructural en la planificación crea una situación difícil para los administradores públicos: si respetan de manera rigurosa los principios presupuestales y de planificación corren el riesgo de dejar de ejecutar el presupuesto asignado al no celebrar los contratos necesarios para la entidad; y si celebran estos últimos contra la reglamentación del gasto público se exponen a sanciones disciplinarias e incluso penales. Con frecuencia la entidad estatal celebra el contrato con los recursos de que dispone para no perderlos, consciente de su insuficiencia con relación a la satisfacción integral de la necesidad del servicio, para luego adicionarlo según las partidas presupuestales que pueda concretar en las vigencias siguientes. La práctica de la gestión contractual refleja así una informalidad ajena a las previsiones legales, informalidad que aumenta los riesgos de corrupción y reduce la transparencia[25].

Écologique c- Commune d'Auxerre et Société Lyonnaise des eaux, Req. n.º 98-5227 y 98-5247, concl. Philippe Lointier, BJDCP, 199p, p. 225: ilegalidad de un contrato adicional en un contrato de concesión del sistema de alcantarillado de una ciudad, por el aumento de las tarifas en un 18%. Cfr. igualmente E. FANTÔME, "Les avenants", en *AJDA*, 1998, p. 760 a 766; PH. LIMOUZIN-LAMOTHE. "Les avenants: observations complémentaires", en *AJDA*, 1998, p. 767 a 769; X. LIBERT, "Les modifications du marché en cours d'exécution", en *AJDA*, 1994, p. 65.

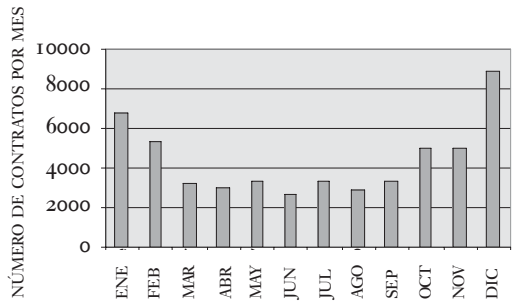
23 CEC, Sección Tercera. 16 de marzo de 1998, Construccciones Domus Ltda., t. 366, fls. 325 a 353.

24 *Investigación de campo sobre los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

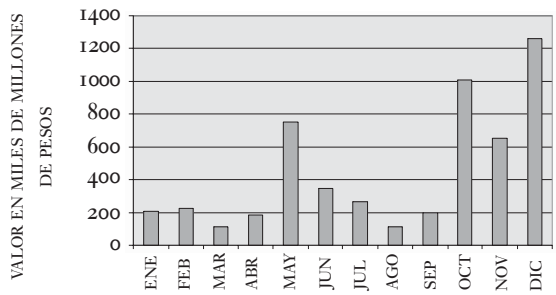
25 La complejidad del problema no se limita sin embargo a los países subdesarrollados. En Francia, el control sobre los contratos adicionales es objeto de grandes debates de actualidad. La doctrina pone de presente las dificultades fruto de la contradicción de valores. El contrato administrativo es por esencia adaptable a las necesidades administrativas pero todo cambio en su ejecución se opone al respeto del principio de igualdad de los proponentes y al principio de concurrencia. En aras de la protección de la transparencia, toda modificación sustancial del contrato inicial debería dar lugar a la celebración de uno nuevo respetando los procedimientos de selección del contratista. Pero el principio de continui-

314. *Porcentajes de contratos celebrados al final del año.* Estos testimonios se confirman con la estadística sobre la celebración de contratos de las entidades nacionales, como lo podemos apreciar en los cuadros siguientes obtenidos a partir del análisis de los contratos publicados en el *Diario Oficial*[26].

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE 1995 Y 1998



En cuanto al monto de los contratos, 1997 constituye un ejemplo claro de la concentración del gasto en los últimos meses del año.



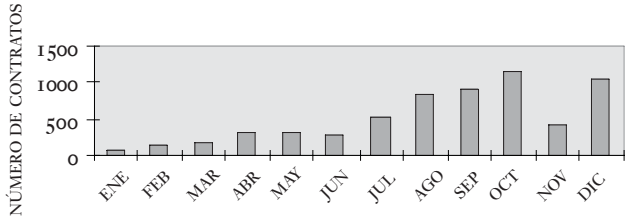
Esta tendencia general también se presenta en el análisis de los tipos de contratos más significativos.

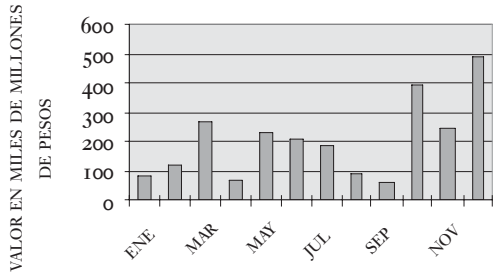
---

dad del servicio así como las dificultades prácticas y jurídicas al cambiar de contratista en curso de la ejecución de la obra o servicio incitan a la celebración de contratos adicionales con el contratista inicial. J. F. SESTIER. *Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie du contrat*, BJDCP, 1999, pp. 574 a 582.

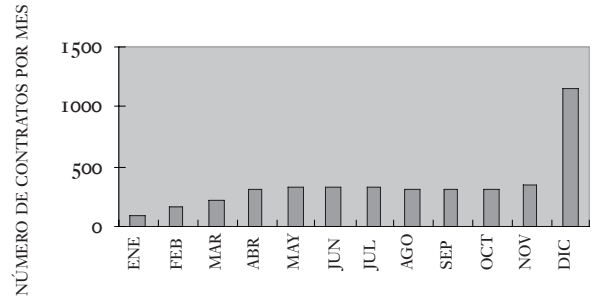
26 Los análisis estadísticos son parte de la *Investigación de campo sobre los contratos estatales*, cit.

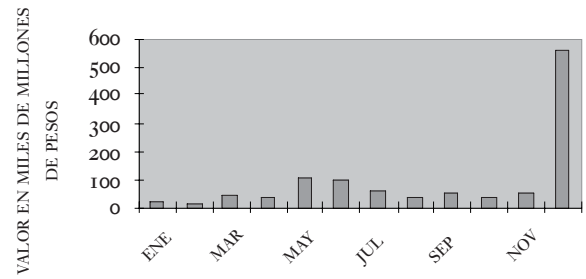
CONTRATOS DE COMPRAVENTA

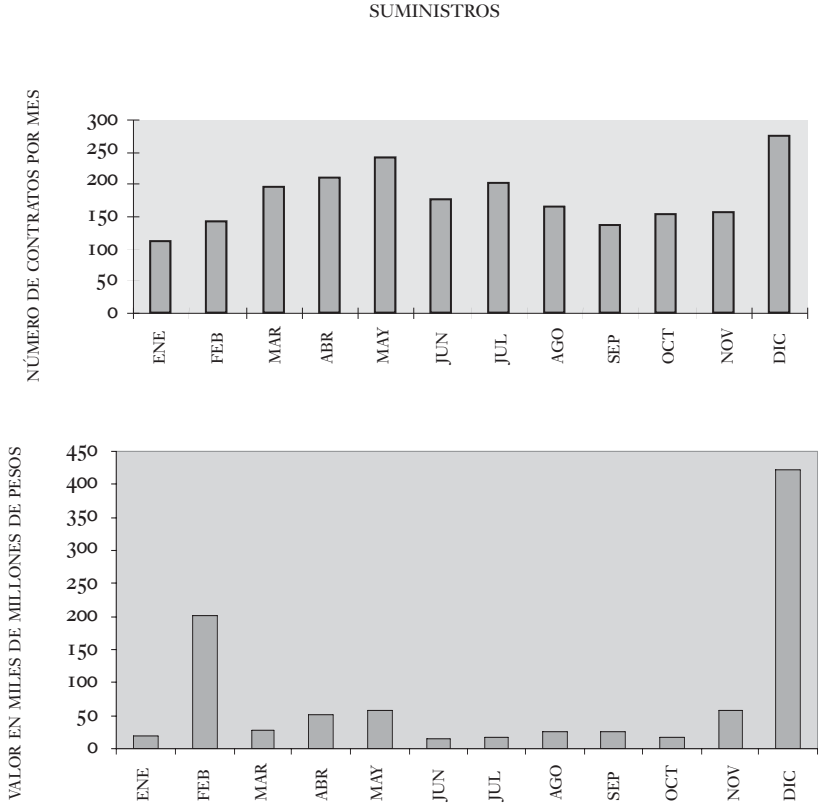




OBRA PÚBLICA







315. *Una jurisprudencia peligrosa*. Además, el Consejo de Estado presenta una jurisprudencia heterogénea sobre los contratos adicionales. Pese al rigor con el que juzgó los sobrecostos en el caso citado con anterioridad, en otras decisiones admite aumentos superiores al 50% del contrato inicial. Como lo vimos, la jurisprudencia considera que en los contratos a precios unitarios el valor no está establecido previamente, pese al cálculo presupuestal que lo antecede, impuesto por lar normas presupuestaltes (infra n.º 176). Por consiguiente, el contrato adicional sólo se impone cuando la fórmula del cálculo del valor del contrato sea variada, es decir, cuando se cambien los precios unitarios que determinan el valor final del contrato al multiplicarlos por las cantidades de obra (o genéricamente prestación) realizada[27]. Ello lleva a concluir que en los contratos objeto de esta forma de pago las cantidades de obra o servicio se pueden aumentar sin límites, siempre

27 CEC, Sección Tercera, 1.º de marzo de 2001, Urias Velandia Poveda, t. 442, fls. 228-259.

y cuando no se modifique el objeto del contrato[28]. Sin embargo, el Consejo de Estado concibe el objeto contractual de una manera en extremo amplia.

Así, por ejemplo, la alta Corporación no consideró como modificación del objeto contractual la variación del sitio de construcción de una de las subestaciones eléctricas pactadas por las partes[29]. En otro caso, al analizar un contrato que tenía por objeto el mantenimiento de 20 km y la reconstrucción de 19 km de una carretera encontró que los sobrecostos por un valor más de tres veces superior al precio inicial no debían considerarse como modificaciones del objeto contractual. Pese a los trabajos complementarios, fruto de la modificación del diseño inicial, la alta corporación encontró que el objeto del contrato (mantenimiento y recontrucción) permanecía intacto. Por consiguiente, no había necesidad de contratos adicionales y los topes establecidos por la ley para su celebración no eran aplicables[30].

---

28 "Es preciso, entonces, entender, afirma el Consejo de Estado en una consulta, que solamente habrá verdadera 'adición' a un contrato (en igual sentido ésta Sala emitió su concepto en consulta 1121 de facha 26 de agosto de 1998) cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se raliza un simple ajuste del valor estimativo inicial del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada, en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alacance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que estas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato.
[...]
"Por lo mismo, en estos casos, el mayor costo de la ejecución del contrato no puede cobijarse con el concepto legal de 'contrato adicional', pues éste está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución. Por lo mismo, en estas hipótesis no es pertinente celebrar un 'contrato adicional en valor', pues, en esencia, el contrato no ha cambiado su valor, solamente se comprueba que hubo una estimación inadecuada de las cantidades previstas para ejecutar ese contrato.
"En estas circunstancias, lo procedente es, simplemente, efectuar por la administración misma, sin intervención del contratista, un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato" (CEC, Sala de Consulta, Concepto del 18 de julio de 2002, Rad. 1439)

29 CEC, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, Isolux S. A., t. 475, fls. 161-223 : "el contrato no sufrió modificaciones en el objeto, porque el contenido de la cláusula 1 contractual permite precisar que aquél fue siempre la ejecución del diseño, fabricación, pruebas de fábrica, construcción de obras civiles, montaje electromecánico y puesta en operación de las subestaciones Gambote, Sincé, 'El Carmen' y Zambrano, así como el suministro de equipos para la Subestación Chinú, sin que pueda afirmarse que la variación del sitio de obra de una de las Subestaciones (de Sincé a San Jacinto) constituya alteración en el objeto".

30 El contrato fue celebrado por un valor de $56.997.808.35. Un primer contrato adicional aumentó su valor en $30.473.845.35 y un segundo en $2.742.068.33; las obras adicionales no pagadas sumaban $87.949.998.07 y su reajuste $46.899.356.89, para un total de $168.899.356.89, por encima del precio del valor inicial.

No obstante, la jurisprudencia reciente muestra un comienzo de evolución hacia un control de la modificación de los contratos, aun en los que son objeto de pago por precios unitarios, lo que ha llevado a que el Consejo de Estado revise su jurisprudencia sobre el alcance de los contratos adicionales bajo el antiguo estatuto contractual, revisión que es válida bajo la Ley 80.

Para la alta corporación "los contratos adicionales contemplados en el Decreto Ley 222 de 1983 procedían siempre que hubiera necesidad de prorrogar el plazo o modificar el valor convenido, sin que la norma se hubiera ocupado de determinar las razones de tal modificación y exceptuando tan sólo los casos en los cuales se realizara una revisión de los precios pactados, estableciendo la prohibición tajante de modificar el objeto del contrato [...]

"El anterior Estatuto contractual de las entidades estatales, Decreto-Ley 222 de 1983, no se ocupó de definir qué debía entenderse por contrato adicional, lo que dio lugar a múltiples interpretaciones sobre su naturaleza y procedencia, a pesar de la claridad de la norma que en el anterior régimen hablaba de su celebración, cuando fuera necesario el aumento del plazo o del valor del principal; así, se ha sostenido, por ejemplo, que cuando se trata de contratos de obra a precios unitarios, la mayor cantidad de obra que resulte respecto de la calculada inicialmente para la correcta ejecución del objeto contractual –y que en consecuencia requiere de mayores recursos para pagar el valor real de la obra–, no hace necesaria la celebración de un contrato adicional, por cuanto ello no implica modificar el valor, sino que la entidad contratante debe hacer los movimientos presupuestales necesarios para el reconocimiento de esos costos.

"Sin embargo, se observa que una cosa es el valor del contrato y otra cosa su forma de pago, la cual puede pactarse por precio global, por el sistema de administración delegada, por el de reembolso de gastos, por otorgamiento de concesión o por precios unitarios, determinando el monto de la inversión, tal como lo disponía el artículo 82 del Decreto-Ley 222 de 1983.

"Pero el contrato estatal, en la medida en que sea oneroso, siempre debe tener un valor, independientemente de que con posterioridad se den circunstancias que conduzcan a su variación, como resulta ser precisamente, en los contratos de obra pública por precios unitarios, la mayor cantidad de obra que sea necesario ejecutar para el cumplimiento del objeto contractual; en este caso, es evidente que el valor a pagar no puede ser el mismo pactado inicialmente, puesto que al hacer la operación de multiplicar la cantidad de obra realmente necesaria de los respectivos ítem por el precio unitario fijado para ellos en el contrato, dará una suma superior a la calculada, es decir que el valor del contrato necesariamente varía; y este cambio, a la luz de lo estipulado en el artículo 58 del Decreto-Ley

222 de 1983, debía ser recogido en un nuevo negocio jurídico que celebraran las partes, y que la ley denominaba expresamente contrato adicional, todo esto sin perjuicio de los reajustes necesarios para la conservación del valor intrínseco del contrato, según las fórmulas matemáticas pactadas en él"[31].

Este razonamiento revela un problema práctico y no sólo teórico. La concepción jurisprudencial permite la introducción de cambios fundamentales en los contratos de obra, concesión y servicios. El análisis de los contratos publicados en el *Diario Oficial* nos muestra que la administración tiende a definir en las cláusulas un objeto contractual de la manera más vaga posible, lo que le permite hacer cambios estructurales sin variar el objeto.

316. *Frecuencia de los contratos adicionales.* Por otra parte, los contratos adicionales son frencuentes y equivalen en promedio al 17.8% del número de contratos iniciales. Su costo medio ($288.6 millones) es cercano al de los contratos principales ($371.1 millones), así como su plazo de ejecución: 58 días en los contratos adicionales, frente a 86 días en los contratos principales. El cuadro siguiente ilustra esta realidad.

Año	n.º de contratos	Contratos adicionales	Total	%
1995 parcial	7.560	1.127	8.687	14.9%
1996	21.187	3.532	24.719	16.7%
1997	20.880	4.205	25.085	20.1%
1998 parcial	2.510	404	2.914	16.1%
Total	52.137	9.268	61.405	17.8%

Fuente: *Diario Oficial*

Pero lo más grave es la modificación de los contratos que incluyen montajes financieros complejos por cuanto el cambio en las condiciones iniciales perturba de manera profunda el equilibrio delicado entre su financiamiento y su duración[32]. El 90.1% de los contratos de concesión de obra fueron objeto de contratos adicionales y el 72% de estas adiciones modificaron la remuneración del contratista. El 42.8% de los contratos de concesión de servicios de asistencia pública también fueron objeto de adiciones, lo que es significativo, porque este género de contratos equivale al 7% del conjunto de contratos de las enti-

---

31 CEC, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Castro Tchrassi y Cía. Ltda., t. 539. Fols. 182-221. En el mismo sentido, sentencia del 28 de agosto de 2003, Castro Tcherassi & Cía. Ltda.; Equipo Universal y Cía. Ltda.; Edgardo Navarro Vives, t. 539, fls. 33-60.

32 Sobre la importancia fundamental de la definición de riesgos en las concesiones viales, cfr. RODADO NORIEGA. "El esquema de las concesiones viales, sus riesgos y posibilidades (la experiencia colombiana)", cit., p. 301.

dades nacionales. El 88.6% de los contratos de fiducia fueron igualmente modificados, así como el 22.9% de los contratos de obra[33].

Estas cifras revelan disfuncionamientos graves y ponen en tela de juicio la política de gestión pública de la última década en favor de la participación financiera del sector privado en la modernización de la infraestructura del país, presentada como la solución más económica para la realización de obras y servicios indispensables para el desarrollo.

B. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE LOS CONTRATISTAS

317. Aunque la mayoría de reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación para ciertos proponentes de incribirse en *el registro único* (2).

1. RÉGIMEN REFORZADO DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

La jurisprudencia ha explicado *la diferencia entre las dos nociones jurídicas* (a), así como sus *finalidades fundamentales* (b). Estas dos restricciones a la capacidad de los contratistas se vieron *reforzadas por la Ley 80* (c).

a. DIFERENCIA ENTRE LAS DOS NOCIONES

318. *Noción de inhabilidad.* La jurisprudencia define la inhabilidad como "la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con las entidades estatales"[34], o como los "impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidad para el ejercicio del cargo"[35]. A manera de ejemplo podemos recordar algunas de las inhabilidades establecidas por el artículo 8.º.1 de la Ley 80, como los contratistas a quienes la administración ha sancionado con la declaración de caducidad

---

33 Fuente: análisis de la base de datos del *Diario Oficial* entre 1995 y 1998.

34 CCC. 26 de septiembre de 1996, María Erly García de Jaramillo, demanda de inconstitucionalidad del numeral 1 literal d del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, C-489.

35 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, Ministerio del Interior, rad. 1097-98.

del contrato por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (8.º.1a), los proponentes sancionados con pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, así como quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. La Sala de Consulta la define como "la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, lo que constituye una incapacidad particular, según lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 1504 del Código Civil, modificado por el artículo 60 del Decreto 2820 de 1974"[36].

319. *Noción de incompatibilidad.* En cuanto a la incompatibilidad, la jurisprudencia la define como "las prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo"[37]. Así, se encuentran en situación de incompatibilidad para contratar con el Estado los servidores públicos (art. 8.º.1f), los cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso (art. 8.º.1f), las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante (art. 8.º.2b).

b. FINALIDADES DE LA INSTITUTICIÓN

320. *Transparencia.* La Corte Constitucional explica que estos mecanismos buscan en primer lugar una mayor transparencia en la celebración y ejecución de los contratos. "Tienen por objeto asegurar que en la materia se realicen los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, previstos en la Constitución para la función administrativa"[38].

El Consejo de Estado resalta a su turno que la defensa de los intereses públicos exige excluir de los procesos de selección a los candidatos que tienen vínculos afectivos, profesionales o filiales con los servidores públicos que deciden sobre los contratos "pues dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación"[39].

---

36 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del 17 de mayo de 2001, Ministerio de Transporte, rad. 1346-01

37 Idem.

38 CCC. 16 de mayo de 1996, Luis Alfonso Colmenares Rodríguez, demanda de inconstitucionalidad del artículo 9.º de la Ley 80 de 1993, C-221.

39 CEC, Sección Tercera. 28 de agosto de 1997, Alfonso Monsalve Riveira, t. 349, fls. 158 a 174.

321. *Eficacia.* Pero detras de la búsqueda de imparcialidad y de la mayor transparencia en la selección aparece otra finalidad del régimen, esto es, una preocupación de eficacia de la gestión pública que impone separar a los candidatos que por su comportamiento previo o por su situación no garantizan el buen funcionamiento de la gestión contractual. Como es evidente, las causales de inhabilidad e incompatibilidad "constituyen una restricción a la personalidad jurídica en el ámbito contractual, pues debido a tales disposiciones personas consideradas legalmente capaces no pueden contratar con el Estado"[40], so pena de viciar el contrato de nulidad absoluta[41], pero aquellas no pueden considerase como una pena, en sentido estricto, según la Corte Constitucional.

322. *Más allá de las sanciones.* En efecto, ciertos eventos de inhabilidades son la consecuencia de una sanción. Tal es el caso de "quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad" (art. 8.º1c), o "quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución" (art. 8.º1d), o "quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado" (art. 8.º1e). De igual manera, la inhabilidad puede provenir de la sanción de exclusión del registro único de proponentes[42], un delito contractual[43] e incluso una medida preventiva penal[44], lo que muestra un celo extremo del legislador frente al principio constitucional de inocencia.

---

40 CCC. 4 de septiembre de 1997, Alejandro Ochoa Botero, demanda de inconstitucionalidad del numeral 2.º, literal b del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, C-429. En el mismo sentido, CCC. Sentencias C-489 de 1996, C-415 de 1996 y C-178 de 1996.

41 Art. 44 Ley 80 de 1993: "*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.º Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley".

42 Art. 22.6 Ley 80 de 1993: "*De las sanciones*. Cuando se demuestre que el inscrito de mala fe presentó documentos o informaciones para la inscripción, calificación o clasificación que no correspondan a la realidad, se ordenará, previa audiencia del afectado, la cancelación del registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de diez (10) años sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar".

43 Art. 58 Ley 80 de 1993: "*De las sanciones*. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a: [...] 3.º En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente".

44 Num. 6 Ley 80: "En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para

Sin embargo, la jurisprudencia considera que estas graves consecuencias no constituyen nuevas sanciones que se suman a las que las provocaron. En otros términos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está establecido para garantizar cierta calidad de la gestión contractual y no para castigar un comportamiento que afecta a la sociedad (objetivo de las sanciones penales), a la administración (objetivo de las sanciones disciplinarias) o al patrimonio (objetivo de la responsabilidad civil)[45].

c. REFORZAMIENTO DEL RÉGIMEN

323. *Aumento del número de casos.* El régimen de inhabilidades e incompatibilidades no es nuevo. El antiguo estatuto contractual lo preveía en sus artículos 8.º y 9.º. Pero el esfuerzo por mejorar la probidad de los servidores públicos condujo a su refuerzo. La Constitución de 1991 se preocupó por establecer la incompatibilidad general de los servidores públicos[46] así como la restricción a los contratistas para ser elegidos senadores o representantes[47].

En esta misma lógica, la Ley 80 creó nuevas causales de inhabilidades e incompatibilidades que indican una particular preocupación del legislador por evitar todo favoritismo en la gestión contractual. Así, son calificados inhábiles no sólo los contratistas que han sido objeto de una sanción de caducidad en un contrato precedente, sino también "los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria" (art. 8.º11).

---

proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual".

45 "Las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta" (CCC. 26 de septiembre de 1996, María Erly García de Jaramillo, cit.).

46 Art. 127 C. N.: "Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales".

47 Art. 179 C. N.: "No podrán ser congresistas: [...] 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos entre ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección".

Dos casos particulares muestran bien hasta qué punto el legislador fue celoso en materia de celebración de contratos. No podrán contratar con las entidades estatales "cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso" (art. 8.º1g). Tampoco podrán hacerlo "las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso" (art. 8.º1h).

324. *Las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.* Además, el sistema se refuerza con la creación de las inhabilidades y las incompatibilidades ulteriores. El artículo 9.º establece una descalificación automática cuando la incompatibilidad o la inhabilidad aparecen durante el proceso de selección del contratista. De igual manera, impone a los contratistas la obligación de ceder el contrato si tal evento ocurre durante la ejecución del mismo, y si ello no es posible, la obligación de renunciar a su ejecución.

No se trata aquí de un fenómeno de transparencia durante el procedimiento de selección del contratista sino de la intención de evitar toda duda sobre los conflictos de intereses, y de la protección de la entidad contratante durante la ejecución del contrato.

Nos encontramos aquí frente a una protección particular ajena por completo a las protecciones en las relaciones entre particulares, y de un especial sacrificio del contratista que se ve afectado por ciertos eventos sobrevinientes, en aras del interés general. La Corte Constitucional afirma en efecto que las situaciones de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no dan derecho a una indenmización del contratista aun cuando no incurra en un comportamiento reprochable[48].

Estos efuerzos de transparencia se extienden a todos los contratos de la administración, incluidos aquellos sujetos al derecho privado, como es el caso de los contratos de las empresas sociales del Estado[49] y de aquellos que son objeto de una reglamentación particular[50].

---

48 CCC. 16 de mayo de 1996, Luis Alfonso Colmenares Rodríguez, demanda de inconstitucionalidad del artículo 9.º de la Ley 80 de 1993, C-221.

49 CEC. Concepto del 20 de agosto de 1998, Ministerio de Salud, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1127-98.

50 "Sin perjuicio de la normatividad que particularmente se aplica al contrato de concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes, esto es, la Ley de 1982 y los decretos reglamentarios 386 de

2. REGISTRO DE PROPONENTES

325. Las limitaciones a la capacidad de los contratistas, fruto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se complementa con otro mecanismo de control: la obligación de inscribirse en el registro de proponentes para celebrar los contratos más frencuentes, no sólo por parte de la administración, sino también por parte de los contratistas, quienes tienden así a hacer de sus relaciones con las entidades estatales el objeto fundamental de su actividad comercial. La Ley 80 buscó solucionar *problemas del antiguo sistema de registro de proponentes* (a) a través de uno *más simple que pretende consolidar la transparencia* (b).

a. SOLUCIÓN DE LOS ANTIGUOS PROBLEMAS

326. En el antiguo estatuto las entidades contratantes adoptaban un registro de candidatos a través de un reglamento. Los candidatos debían obtener de la entidad la inscripción en el registro para así poder contratar con ellas. La finalidad de estos registros era que las entidades contratantes pudieran conocer previamente las condiciones financieras, técnicas y de organización administrativa de los candidatos. Después de la solicitud de incripción presentada por el candidato, las entidades procedían a su calificación y clasificación, para determinar tanto el género de contratos a celebrar como el grado de compromiso técnico y financiero que podía adoptar. Según este análisis, las entidades procedían a su calificación y clasificación.

Este procedimiento generó diversas dificultades. Primero, la necesidad de reactualizar las inscripciones cada dos años era engorroso tanto para la administración como para el proponente. Además, el registro era realizado a través de un acto adminsitrativo de la entidad contratante y, por lo tanto, los candidatos inconformes con la clasificación y/o calificación realizada debían demandar el acto ante la jurisdicción administrativa. En fin, los proponentes debían repetir la misma operación jurídica de incripción en todos los registros de las entidades con las que esperaban contratar, aun cuando se tratara de un solo contrato[51].

1983 y 033 de 1984 fundamentalmente, la entidad pública concedente para la selección de los concesionarios debe acudir a los principios, al régimen de inhabilidades, al procedimiento de selección y a la formación de los contratos establecidos por el estatuto general de contratación administrativa, porque el contrato de concesión es uno solo para el derecho público" (CEC, Sección Tercera. 19 de junio de 1998, Alberto Antonio Mendoza Daza, t. 374, fls. 45 a 83). La materia es regulada hoy por la Ley 643 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

51 C. TORRENTE. "El registro de proponentes", en *La nueva contratación administrativa,* cit., p. 276.

327. El artículo 22 de la Ley 80 pretendió remediar estos problemas.

Primero, al restringir la obligación a los contratos más frecuentes, excluyendo al mismo tiempo los contratos de urgencia manifiesta, los contratos inferiores a cierta cuantía, aquellos que tienen por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, los de servicios profesionales, los de concesión, así como los de compra de bienes cuyo precio está reglamentado por el Gobierno Nacional (art. 22).

Segundo, el registro se realiza en las cámaras de comercio y no en las entidades contratantes. Se quiso con ello aprovechar la experiencia de estas instituciones en el registro de comercio y facilitar la incripción de los proponentes. En efecto, dada la calidad de comerciantes de la mayoría de proponentes, las cámaras de comercio poseen ya información importante sobre ellos. Además, los proponentes tan sólo se inscriben una vez en la Cámara de Comercio de su domicilio. En fin, las cámaras, en su calidad de instituciones de simple registro, no tienen, en principio, competencia para calificar o descalificar candidatos. El resgistro es entonces realizado a partir de la *autoevaluación* de los proponentes, de su capacidad financiera, técnica, de organización y de disponibilidad de equipos, según los parámetros establecidos por el Gobierno a través de decreto.

b. SISTEMA SIMPLE CENTRADO SOBRE LA TRANSPARENCIA DEL REGISTRO

328. *Curriculum vitae de los contratistas.* El artículo 22 de la ley y varios decretos reglamentan el funcionamiento de este registro. "Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la cámara de comercio de su jurisdicción" según la autoclasificación y auto- calificación que ellas mismas realizan (art. 22). Esta transparencia previa se complementa con la obligación de las entidades contratantes de inscribir en el registro el detalle de los contratos ejecutados, esto es, su "cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán, igualmente, los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración" (art. 22).

329. El objetivo es llevar un *curriculum vitae* de los proponentes. La información sobre los candidatos debería brindar la posibilidad a la administración de conocer los futuros colaboradores. Los contratos estatales comprometen no sólo los recursos de la administración sino también la calidad de los servicios y los

bienes que comprometen la responsabilidad pública. Por ello resulta importante conocer las características de los candidatos, que constituyen cierta garantía de la calidad de sus servicios u obras, fundamentales para la regularidad de las funciones administrativas. Además, el conocimiento de sus capacidades financieras y técnicas puede evitar futuras dificultades en la ejecución del contrato.

A estas funciones clásicas en favor de la administración contratante se suma una misión de transparencia y de concurrencia. Desde este punto de vista, no se trata de brindar a la administración garantías útiles para su buena elección del contratista, sino de permitir a la opinión pública conocer y valorar las condiciones de aquéllos que quieren contratar con el Estado. Es un medio que pretende abrir el debate crítico sobre la selección de contratistas en favor de la transparencia.

330. La restricción de la capacidad contractual no es un tema exclusivo del derecho público. El derecho privado la conoce también en la medida en que toda autonomía está necesariamente enmarcada por el derecho positivo. Sin embargo, las limitaciones de la competencia de la administración y de la capacidad de sus contratistas revisten particularidades significativas. A las finalidades de protección de la transparencia y de garantía de imparcialidad de la administración hay que agregar las restricciones fruto de una racionalidad objetiva de la gestión contractual pública. El rigor de las reglas presupuestales impone una planificación estricta en todo contrato, y el rigor del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la exclusión de todo candidatos más o menos indigno o próximo al responsable del contrato.

En un caso como en el otro la preocupación por la seguridad no deja ningún lugar a la política gerencial que conlleve riesgos estratégicos, como ocurre normalmente en el sector privado. Pero esta visión racional de la gestión contractual contrasta con las posibilidades reales de aplicarla. Las reglas presupuestales son burladas con frecuencia y los mecanismos de transparencia tanto del sistema de inhabilidades e incompatibilidades como del registro de proponentes exigen un desarrollo considerable en la comunicación, el manejo y la difusión de la información que están lejos de poderse llevar a la práctica. La reglamentación de los registros y las reformas legislativas recientes imponen el tratamiento informático de los datos, lo que no deja de ser populista frente a las posibilidades económicas y técnicas reales.

II. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

331. *Particularidades de los procedimientos administrativos.* Tradicionalmente los procedimientos de selección de contratistas se consideran como una de las parti-

cularidades más significativas de los contratos de la administración frente a los contratos celebrados entre particulares. La voluntad de la administración se encuentra limitada en este aspecto por procedimientos especiales que la resgringen y obligan a respetar reglas preestablecidas que no puede desconocer.

332. *Restricciones del derecho privado.* El derecho privado conoce también una gran limitación de la voluntad en la celebración de los contratos y en el refuerzo de la transparencia de las relaciones contractuales. Desde este punto de vista, no se trata de las limitaciones a la libertad de negociar las cláusulas contractuales (impuestas por los contratos de adhesión, la existencia de pliegos de condiciones de carácter privado, así como de contratos tipo o el establecimiento de contratos de condiciones generales), sino de restricciones a la libertad de contratar, presentes en ciertos contratos como los de seguros o bancarios, y generalizadas en los diferentes servicios especialmente protegidos por el derecho de los consumidores o por el desarrollo significativo del derecho de la concurrencia que reprime el abuso de posición dominante o los acuerdos destinados a falsear la libre competencia.

333. *Relatividad del antagonismo derecho público-derecho privado.* El antagonismo de principio entre los dos derechos parece menos absoluto de lo que con frecuencia se afirma. La doctrina resalta las relaciones íntimas entre el derecho de los contratos administrativos y el derecho de la concurrencia[52], así como la importancia creciente de las obligaciones precontractuales de información tendientes a la protección preventiva del consentimiento[53].

334. *Finalidades diferentes.* Con todo, sería excesivo negar las particularidades de la contratación pública. Pese a la existencia de limitaciones y a la protección de uno de los contratantes, las finalidades en el campo administrativo no son las mismas que en el privado. Este se concentra en la búsqueda de condiciones reales de libertad de las partes en la disposición de sus intereses privados con el ánimo de compensar las ventajas económicas o de información disímiles. El derecho contractual de la administración busca, por una parte, la protección del interés general a través del establecimiento de procedimientos y controles sobre el gasto público, y por otra, el respeto del principio de igualdad entre quienes aspiran a contratar con el Estado, principio que constituye una aplicación del principio constitucional más genérico de igualdad frente a la ley[54].

---

52 Richer. *Droit des contrats*, cit., pp. 186 y ss.

53 Ghestin. *Droit civil*, cit., pp. 585 y ss. Sobre la evolución del derecho positivo y de la jurisprudencia sobre la obligación precontractual de información.

54 Preámbulo C. N.: "En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la

335. *Manifestación de las particularidades.* En este contexto, la autonomía reconocida a la administración no puede percibirse como una total libertad de contratar sino como una flexibilidad reconocida a las entidades contratantes dentro del respeto de los principios generales[55]. Podemos apreciar esta dinámica de manera general en la imposición de una *selección objetiva del contratista* (A) y de manera específica en la regulación de los *procedimientos de su selección* (B).

A. SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA

336. El artículo 29 de la Ley 80 impone a la administración contratante una finalidad particular en todos los procedimientos de selección de sus contratistas. Más allá del aspecto procedimental, el artículo prescribe que "la selección de contratistas será objetiva". Se trata de una obligación aplicable a todo contrato[56] que adquiere valor de principio con la Ley 80[57]. La selección objetiva se aplica no sólo a los contratos precedidos de licitación o concurso sino también en la contratación directa. Así mismo, no escapan al principio los contratos previstos por regímenes especiales, como los contratos en materia de telecomunicaciones (art. 38 Ley 80), los contratos de explotación de recursos naturales (art. 76 ibíd.), los contratos financiados por los organismos internacionales (art. 13 ibíd.) e incluso los contratos de las empresas industiales y comerciales del Estado (art. 24.1.m ibíd.). Veremos además cómo la aplicación de derecho privado no borra esta obligación de selección objetiva.

337. *Noción de selección objetiva.* Pero, ¿qué se debe entender por *selección objetiva*? El mismo artículo 29 de la ley aporta una definición al explicar que es aquella "en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva". Se trata fundamentalmente de una preocupación de *rentabilidad*, aunque por supuesto esta noción presenta ciertas particularidades cuando nos referimos a una entidad estatal.

Nación y asegurar a sus integrantes [...] la igualdad". Art. 13: "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados". Art. 209: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad".

55 MARTHA CEDIEL DE PEÑA. "La selección objetiva del contratista", en *La nueva contratación administrativa*, cit., 1994, p. 46.

56 P. MIER BARROS. "La contratación directa", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 149.

57 CCC. 2 de junio de 1999, Juan Carlos Morales Trujillo, demanda de inconstitucionalidad del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, C-400; L. G. DÁVILA. "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 49.

338. *Selección óptima: problema de fuero interno en los contratos entre particulares.* Sin duda las preocupaciones financieras existen en todo contrato. La escogencia de la oferta más interesante no es una exigencia económica exclusiva de la administración pública. Por supuesto que las empresas privadas tienen siempre presente esta preocupación. Sin embargo, el problema de la selección del contratista no tiene el mismo significado y los principios constitucionales de libertad de empresa imponen el respeto de sus decisiones. Aunque las grandes empresas privadas utilicen procedimientos de licitación, lo hacen para racionalizar sus gastos y optimizar su selección, mas no porque una disposición legal o reglamentaria se lo imponga.

Las limitaciones a la voluntad de escogencia del contratista obedecen en derecho privado a otras preocupaciones, en particular a la protección de la parte débil y del sistema económico. Por ello las normas imponen sistemas de publicidad y de información que buscan asegurar la verdadera libertad contractual.

Pero la protección económica de las empresas contratantes es por completo ajena a las preocupaciones del legislador. Las personas privadas son libres de hacer malos negocios, cálculos que conllevan riesgos y toda suerte de estrategias comerciales que buscan acrecentar su beneficio a corto, mediano o largo plazo, tales como invertir en sectores deficitarios para ganar en otros, sacrificar calidad o comprar caro.

339. *Selección óptima: obligación de la entidad contratante.* Por el contrario, otra es la lógica de la adminstración pública que carece de libertad para determinar lo que le es favorable, al menos desde el punto de vista del contenido. Su decisión está por completo determinada y guiada por la actividad contractual, y más genéricamente por el interés general. En esta lógica, el artículo 29 de la Ley 80 le impone escoger su contratista según parámetros previamente determinados. Estos operan, de manera posisitiva, por la oferta más favorable a la entidad y a sus fines, y de manera negativa, por cuanto el artículo indica lo que no es selección objetiva. El servidor público debe entonces mantenerse al margen de todas las consideraciones subjetivas para garantizar la selección correcta.

De manera general, la selección objetiva exige el respeto de ciertas medidas previas y las garantías de imparcialidad. Primero, *una buena formulación de las necesidades de la entidad contratante* (1), luego, *el refuerzo de la transparencia* (2).

1. LA BUENA FORMULACIÓN DE LAS NECESIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN

340. En este punto no volveremos sobre la importancia de los estudios y la preparación del contrato de conformidad con la planificación y los principios

de buena administración, ni sobre las exigencias presupuestales que limitan la voluntad administrativa. Sin embargo, es importante resaltar que la primera condición de la selección objetiva es la correcta determinación de las necesidades de la administración. Por ello el artículo 25 de la ley sobre el principio de economía ordena en su numeral 12 que, "con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia". Esta obligación existe no sólo en los contratos precedidos de licitación o concurso sino también en la contratación directa, como lo confirmaba el artículo 3.º del Decreto 855 de 1994, que reglamenta la materia, cuando prescribe que la "la solicitud de oferta podrá ser verbal o escrita y deberá contener la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago, término para su presentación y demás aspectos que se estime den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende"[58].

El éxito de los procesos de selección y el respeto de la transparencia exigen la determinación previa y clara de los términos contractuales[59].

2. CRITERIOS OBJETIVOS DE SELECCIÓN

341. *Tres valores esenciales.* Aunque fundamental, la determinación de las necesidades contractuales de la adminstración no es suficiente para garantizar la selección objetiva. El legislador quiso entonces reforzar la *transparencia y la concurrencia* (a), el principio de *igualdad de los proponentes* (b) y la obligación de determinar los *criterios de selección de los contratistas* (c).

a. TRANSPARENCIA Y CONCURRENCIA

342. *Regla general de la licitación o concurso públicos.* La selección objetiva exige el respeto de la concurrencia. El artículo 24 de la ley establece la regla general de la licitación o concurso salvo los casos excepcionales señalados de manera expresa por los textos[60]. Además, los procedimientos de la licitación o concurso

---

58 El artículo fue derogado por el Decreto 2170 de 2002, pero el numeral 2 del artículo 10.º de éste prescribe que los pliegos de condiciones o términos de referencia de la contratación directa deben contener las "características técnicas de los bienes, obras o servicios requeridos por la entidad".

59 A. R. SABOGAL. "Procesos de selección del contratista", en *Régimen de contratación estatal*, cit., p. 87.

60 A. DÁVILA PEÑA. "Proceso licitatorio y principios que lo rigen", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 99.

privados fueron suprimidos. Con todo, la obligación de llamado abierto a la competencia, implícita en la licitación o concurso, no se justifica por sí misma. Es "una idea rectora en torno a la cual se organiza la disciplina de la racionalización de la acción administrativa"[61]. El llamado a la competencia obliga a la administración a definir sus necesidades, y a los proponentes a racionalizar sus ofertas; y como el proceso se apoya sobre la publicidad, la moralidad pública se ve reforzada.

Por su parte, el Decreto 2170 de 2002 introdujo dos refuerzos a la publicidad: El artículo 1.º obliga la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia en la página web de la entidad contratante o, ante la carencia tecnológica de la entidad para asegurar la inalterabilidad de los documentos en línea, la publicación de un aviso en el que se indique dónde puede ser consultado en forma gratuita el pliego. Esta obligación también existe para la mayoría de casos de contratación directa en razón de la cuantía.

La publicidad temprana del proceso de contratación, que permite a los interesados formular observaciones a la entidad, se completa con la obligación prevista en el artículo 2.º de publicar igualmente en la página web de la entidad o, en su defecto en avisos, los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos.

343. *Transparencia de todo el proceso de selección.* Además, el legislador no sólo privilegió la concurrencia previa sino que instauró el deber de transparencia durante todas las etapas del proceso de selección. Así, el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 afirma que "en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones". Por su parte, el numeral 3 prescribe que "las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público", y el numeral 4 que "las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas…". Estas garantías se refuerzan con la obligación de motivación clara y precisa de los actos administrativos relativos a la actividad contracutal, así como de los informes de evaluación de las ofertas (num. 7).

El artículo 21 del Decreto 2170 de 2002 prevé, además, que las entidades contratantes han de indicar en sus páginas web la información sobre varias etapas claves del proceso de selección de contratistas, tales como las observaciones y sugerencias a los proyectos de pliegos de condiciones o términos de

---

61 Richer. Ob. cit., p. 304.

referencia y las actas de audiencia de aclaración de los mismos, que, como vimos, también deben ser puestos en línea, el informe de evaluación de las propuestas, el acta de la audiencia de adjudicación, el de la audiencia pública realizada para la conformación dinámica da la oferta, así como la información sobre los contratos firmados, sus adicionales, modificaciones, liquidación, y la información sobre las sanciones proferidas.

Sin embargo, estos objetivos no son siempre logrados, o más precisamente no lo son de la misma manera, por cuanto la publicidad no siempre es posible y porque en ocasiones no es pertinente. Por ello los textos contienen excepciones importantes en la contratación directa aunque, como lo veremos más adelante, en este campo existe una tendencia a la extensión de la concurrencia.

b. IGUALDAD DE CANDIDATOS

344. *Igualdad de oportunidades.* La selección objetiva exige respeto del principio de igualdad de los candidatos. La Corte Constitucional explica que la preservación de la transparencia y la objetividad de la acción administrativa exigen que los candidatos sean tratados de manera imparcial, es decir, respetando el principio de igualdad de oportunidades frente a la entidad contratante, lo que es una manifestación del principio constitucional de igualdad frente a la ley[62].

345. *Prohibición de discriminación.* La imparcialidad en el tratamiento de los candidatos exige una amplia *posibilidad* de participación de los mismos, sin discriminación alguna. Vimos ya cómo la regla general de la capacidad de los contratantes tiene excepciones en los contratos estatales a través del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Pero no hay que olvidar que se trata de limitaciones objetivas y de aplicación general. De igual manera, la ley impone ciertos *privilegios* en la selección de los contratantes, a manera de discriminación positiva, tales como la preferencia de las ofertas de las cooperativas o de los proponentes nacionales o de la propuesta extranjera que contiene transferencia tecnológica, cuando se presenta igualdad en los ofrecimientos[63]. No obstante, la discrimina-

---

62 CCC, sentencia T-147/96 del 17 de abril de 1996, Carlos Eduardo Robledo Gómez y Orlando Castañeda Fierro, y sentencia del 10 de marzo de 1995, C-086/95, Carlos Eduardo Manrique y otros, cit.

63 Art. 21 Ley 80 de 1993: "*Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales*. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica. En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o

ción positiva debe tener una justificación particular en aras del interés general. De lo contrario, es ilegal. Un ejemplo lo brinda una tutela en la que la Corte Constitucional encontró que el privilegiar las propuestas locales en una licitación, otorgándo un puntaje adicional a los candidatos residentes o domiciliados en el municipio donde se realizaba la obra, puede constituir un esfuerzo loable de la administración municipal por estimular la ingeniería local y en atención a su aporte fiscal y a la generación de empleo, pero es contrario al principio de la concurrencia y resulta violatorio de los principios constitucionales de "la igualdad de oportunidades (art. 13 C. P.) y la libre competencia (art. 333 C. P.), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique"[64].

Por el contrario, la ley rechaza toda discriminación disimulada a través del establecimiento de condiciones y exigencias imposibles de cumplir por ciertos candidatos (lit. d num. 5 art. 24).

c. PARÁMETROS DE SELECCIÓN

346. *Obligación general con manifestaciones particulares.* En fin, encontramos la garantía de una selección objetiva a través del establecimiento de parámetros de selección de los contratistas, pero sobre este punto la diferencia entre los procedimientos de licitación o concurso y contratación directa es significativa. En ambos casos "las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley", y "les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto" (num. 8 art. 24). Pero la obligación de establecer previamente los factores de calificación y de elección de los candidatos no tiene el mismo significado. Por ello es necesario realizar su estudio específico.

B. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

347. *Lógicas opuestas.* En principio la licitación pública se diferencia de la contratación directa en la existencia de una mayor limitación de la voluntad de la

---

que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquél que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica". También constituye una discriminación positiva la Ley 816 de 2003, por medio de la cual se apoya a la Industria Nacional a Través de la Contratación Pública.

64 CCC, sentencia T-147/96 del 17 de abril de 1996, Carlos Eduardo Robledo Gómez y Orlando Castañeda Fierro.

administración contratante de la primera. La licitación se caracteriza por ser un procedimiento en extremo reglado que limita ampliamente la libertad de la administración. Por el contrario, en la contración directa la libertad de seleccionar el contratista es fundamental. Su escogencia es una manifestación de competencia discrecional, aunque naturalmente ello no significa escogencia arbitraria, caprichosa o subjetiva.

348. *Acercamiento recíproco.* Se podría concluir que con la Ley 80 este antagonismo se vio reforzado en la medida en que el tercer tipo de procedimiento de selección (la licitación o concurso privados), intermedio entre la licitación o concurso públicos y la contratación directa, fue suprimido. Pero el análisis del derecho, la jurisprudencia y la práctica contractual evidencian un doble movimiento de aproximación. La *licitación tiende así a adquirir cierta flexibilidad* (1), mientras que *la contratación directa se reglamenta* (2)[65].

1. LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICOS: UN PROCEDIMIENTO MÁS FLEXIBLE

349. El parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 los define en los siguientes términos: "se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública".

Estos procedimientos tienen cierta flexibilidad en la medida en que la administración puede adaptarlos a sus necesidades dadas las *características de los pliegos de condiciones o términos de referencia* (a). Sin embargo, la libertad de selección del contratista se ve limitada por la concreción de las garantías de selección objetiva. Por un lado, con la *extensión de la transparencia* (b), y por el otro, con la obligación de *fijar previamente los criterios de selección* (c).

a. PLIEGOS DE CONDICIONES Y TÉRMINOS DE REFERENCIA, ESPACIOS DE LIBERTAD Y DE AUTOLIMITACIÓN

350. El pliego de condiciones y los términos de referencia tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos de carácter general porque "crean situaciones

---

65 La evolución del derecho francés consagra una tendencia similar al permitir cierta negociación en las licitaciones y aumento de concurrencia en la contratación directa. Cfr. CHRISTINE BRÉCHON-MOULÈNES. "Choix des procédures, choix dans les procédures", en *AJDA*, 1998, pp. 753 a 759.

jurídicas a un número plural e indeterminado de personas a quienes se les invita públicamente a contratar"[66]. Contienen dos tipos de normas: unas definen las condiciones jurídicas y técnicas que regirán la futura relación contractual, las otras definen las condiciones jurídicas y técnicas exigidas a los candidatos, así como los criterios de selección del contratista[67].

En estas condiciones, los pliegos y los términos obligan tanto a la administración como a los proponentes y a los contratistas[68]. Ellos regulan, "fijan las condiciones dentro de las cuales [la entidad contratante] quiere contratar y las que ofrece a quienes están interesados en hacerlo con ella"[69].

Dávila Vinueza L. G. critica la calificación de los pliegos como actos administrativos generales, al considerar que constituyen un acto de trámite de la licitación y que no son publicados. Igualmente, afirma que "el Consejo de Estado ha sido vacilante sobre el tema en cuanto a la calidad general o particular de los pliegos de condiciones o términos de referencia", aunque no cita ninguna sentencia[70]. Sin embargo, el extracto transcrito parece consagrar una posición clara sobre el carácter general de los pliegos por cuanto sus destinatarios son indeterminados.

En cuanto a la crítica de la calificación de acto administrativo por la ausencia de publicación, es cierto que el artículo 43 del Código Contencio Administrativo impone con nitidez que "los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial*, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto". Este formalismo sobre la manera de realizar la publicidad, reforzado por la Ley 57 de 1985, que suprimió la posibilidad de su publicación en periódicos de amplia circulación, impediría su sustitución, con un espíritu finalístico, a través de las publicaciones sobre la apertura de la licitación (art. 30, num. 3, Ley 80 de 1993), que permiten a los interesados

---

66 CEC, Sección Tercera. 4 de junio de 1993, Miguel Antonio Galán Dueñas, t. 194, fls. 280 a 295. En el mismo sentido CEC. 10 de octubre de 1991, Fernando Sarmiento Cifuentes, exp. 6802, y Escobar Gil. *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 85.

67 CEC, Sección Tercera. Auto del 26 de febrero de 1998, Tolimense de Ingenieros, t. 364, fls. 184 a 190, Escobar Gil. Ob. cit., p. 86; CEC, Sección Tercera. 3 de mayo de 1999, Germán Torres Salgado, t. 395, fls. 229 a 255; Dávila Peña. "Proceso licitatorio y principios que lo rigen", en *Estudios de profundización en contratatción estatal*, cit., p. 112; Palacio Hincapié. Ob. cit., p 156, y Escobar Gil. Ob. cit., p. 84.

68 M. Cediel de Peña. "La selección objetiva del contratista", en *La nueva contratación administrativa*, cit., p. 44; CEC, 3 de febrero de 2000, Confecciones CEM Ltda., Consejo de Estado, Sección Tercera, t. 415, fls. 380 a 424.

69 CEC, Sección Tercera. 17 de octubre de 1995, Alberto Dangond Uribe, t. 290, fls. 245 a 326.

70 *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit. p. 253.

conocer los pliegos. Incluso no sería suficiente el cumplimiento de las reglas de publicidad de los pliegos, reforzada hoy con su publicación en las páginas web de las entidades, según lo ordena el artículo 2.º del Decreto 2170 de 2002. Pero es importante recordar que la publicidad de los actos no es un requisito de existencia de éstos, ni aun de validez, sino de oponibilidad a los particulares. Este aspecto es importante por cuanto la legalidad del pliego, en cuanto acto administrativo, es impugnable ante la jurisdicción contencio administrativo independientemente de su publicación, lo que permitiría intentar frenar a través de la suspensión provisional un proceso de licitación que nace viciado por un pliego irregular. Por el contrario, si el pliego se considera un acto de simple trámite de la licitación, será necesario esperar a la culminación de ésta para demandar el acto de adjudicación; lo que se traduce necesariamente en una medida de reparación y no de prevención.

351. *Inexistencia de pliegos o condiciones generales.* En todo caso, ni los pliegos ni las condiciones generales son impuestos a las entidades contratantes, que tienen libertad en su redacción[71]. En efecto, el derecho colombiano no conoce los pliegos o condiciones generales aplicables por tipos de contratos a todas las entidades contratantes, así como la distinción entre pliegos de condiciones administrativas y pliegos de condiciones técnicas, como existen en el derecho francés[72] y el derecho español[73]. La administración contratante con-

---

71 CEC, Sección Tercera. 5 de marzo de 1993, Diego Francisco López Vernaza, t. 186, fls. 190 a 218.

72 Art. 13 CCA de 2000: "Los pliegos de condiciones determinan las condiciones en las que los contratos serán ejecutados y comprenden los documentos generales y los documentos particulares. Los documentos generales son: 1. Los pliegos de cláusulas administrativas generales, que fijan las disposiciones administrativas aplicables a una categoría de contratos; 2. Los pliegos de cláusulas técnicas generales, que fijan las disposiciones técnicas aplicables a todos las prestaciones de una misma naturaleza. Estos documentos son aprobados por una resolución del ministro encargado de la economía y por los minstros interesados. La persona responsable del contrato decide hacer o no referencia a estos documentos". Los artículos 112 y 318 del antiguo Código de 1964 contenían disposiciones similares, pero es importante observar que los pliegos generales tenían carácter obligatorio para las entidades nacionales. Las entidades territoriales podían apartarse de ellos gracias a su autonomía reforzada por las leyes de descentralización administrativa de 1982.

73 Art. 49 Ley 13 de 1995: "*Pliegos de cláusulas administrativas generales*. 1. Ajustándose en su contenido a los preceptos de esta ley y de sus disposiciones de desarrollo, el Consejo de Ministros, a iniciativa de los ministerios interesados y a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, podrá aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales para la administración general del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social y demás entidades públicas estatales, previo dictamen del Consejo de Estado. 2. Cuando se trate de pliegos generales para la adquisición de bienes y servicios de tecnologías para la información, la propuesta al Consejo de Ministros corresponderá conjuntamente al Ministro de Economía y Hacienda y al Ministro para las Administraciones Públicas. 3. En los mismos términos, las comunidades autónomas y las entidades que integran la administración local

serva entonces una gran autonomía en este campo, limitada tan sólo por los principios desarrollados por la Ley 80.

352. *Imposibilidad de reglamentación gubernamental.* El proyecto de ley presentado por el Gobierno proponía la determinación de los procedimientos de selección de los contratistas a través de decretos reglamentarios. La exposición de motivos explicaba que la experiencia bajo el antiguo estatuto contractual indicaba que esta materia no debía ser objeto de un desarrollo integral por parte de la ley, que se debía limitar al establecimiento de parámetros generales, dejando así al Gobierno Nacional su reglamentación. Esta competencia reglamentaria permitiría una adaptación de los procedimientos según las necesidades administrativas[74].

Pero el Congreso consideró que la materia no debía ser objeto de definición por vía reglamentaria sino que la ley debía definir las "etapas estrictamente indispensables para la selección objetiva" que, concebida como procedimiento flexible, permitiría su ajuste particular no por el Gobierno sino por cada entidad estatal contratante[75].

353. *Reglas generales de la Ley 80.* Bajo esta concepción las entidades de todo orden elaboran sus pliegos de condiciones según las directivas legales muy generales. En efecto, el numeral 5 del artículo 24 y el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 se limitan a establecer las *líneas directrices* para la buena formulación de las necesidades de la administración, el contenido del contrato, el respeto de la libre competencia y los parámetros de selección de los contratistas que permitan una selección objetiva, sin determinar en forma alguna tipos específicos ni contenido de pliegos de condiciones[76].

---

aprobarán, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, siendo, asimismo, preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva, si lo hubiera".

74 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en Betancur Cuartas. Ob. cit, p. 128.

75 Ponencia para primer debate del proyecto de la Ley 80 en las comisiones 4as conjuntas de Senado y Cámara de Representates, en Betancur Cuartas. Ob. cit., p. 154.

76 Num. 5 art. 24 Ley 80 de 1993: "En los pliegos de condiciones o términos de referencia: a. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. b. Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. c. Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato. d. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. e. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. f. Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto

Esta interpretación se ve confortada por la suspensión provisional de los artículos 4.º[77] y 5.º[78] del Decreto 2170 de 2002 decretada por el Consejo de Estado. En efecto, como tuvimos oportunidad de comentarlo al desarrollar la amplitud del poder reglamentario en materia contractual (supra n.os 129 y 130), el alto tribunal consideró que el reglamento no podía imponer a las entidades contratantes la manera como éstas evalúan las ofertas, ni crear el sistema de conformación dinámica de las ofertas, por cuanto en uno y otro caso tan sólo la ley es competente.

354. *Proyecto de reforma de la Ley 80: restricción de la autonomía*. El proyecto de Ley 85 de 2000 presentado por el Gobierno al Senado[79], fruto de la preocupación por la corrupción creciente en la actividad contractual, buscaba limitar la proliferación de pliegos de condiciones que, elaborados para cada contrato, incluyen con frecuencia reglas diferentes e incluso contradictorias. La exposición de motivos del proyecto explicaba que "en los aspectos de orden general y respecto de los requisitos que podrían denominarse habilitantes no pueden existir requerimientos opuestos sino que estos deben ser iguales para todos los casos y todas las entidades"[80]. Es así como el proyecto proponía la instauración de pliegos de condiciones generales que serían definidos por decreto[81].

Con independencia de la estrategia legislativa de lucha contra la corrupción y de coherencia de los diferentes pliegos de condiciones y términos de referencia, la reforma propuesta restringiría de forma significativa la autonomía otorgada por la Ley 80 en la materia a las entidades contratantes. Sin embargo, el proyecto

---

en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados". Num. 2 art. 30: "La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas".

77 CEC, Sección Tercera, auto del 1.º de abril de 2004, Guillermo Sebastián Rincón Uribe, t. 566, fls. 170-176.

78 CEC, auto del 13 de mayo de 2004, Jorge Manuel Ortiz Guevara, t. 570. Fls. 72-84.

79 Presentado el 12 de septiembre de 2000, en *Gaceta* n.º 369 de 2000, pp. 10 y ss.

80 Ibíd., p. 21.

81 Artículo 28: "El numeral 5.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 quedará así: Ajustándose en su contenido a lo previsto en esta ley, el reglamento regulará la parte general de los pliegos de condiciones, términos de referencia o documentos que contengan las reglas de escogencia, especialmente en lo relativo a las reglas básicas de participación, las exigencias sobre las condiciones jurídicas, técnicas y financieras de los oferentes y las cláusulas de común utilización. Una vez expedidos serán de obligatorio cumplimiento y aplicación por las entidades estatales. Para estos efectos, los pliegos de condiciones, términos de referencia o documentos podrán determinarse por grupos o especialidades. El reglamento también podrá determinar criterios generales para ponderar el factor precio según la clase de contrato".

de ley fue archivado durante su estudio en la comisión primera del Senado[82]. El proyecto 261, presentado en Cámara el 29 de mayo de 2003 y que recoge los acuerdos alcanzados en relación con el texto original de proyecto 018 de 2002 omite toda mensión a los pliegos de condiciones generales.

355. *Obligación de eficacia.* Las entidades gozan entonces de gran flexibilidad pero la elaboración concreta de los pliegos y términos les impone al mismo tiempo una obligación de eficacia en el desarrollo del procedimiento[83]. La autonomía reconocida no está sólo encaminada a suprimir la antigua reglamentación acusada de *paquidérmica* sino a promover e incluso a imponer un proceso de selección eficaz. Por consiguiente la entidad contratante debe superar todos los obstáculos para facilitar y permitir la mejor escogencia del contratista.

Este propósito, afirmado claramente por el Gobierno en el proyecto de la Ley 80[84] y por los parlamentarios en las ponencias para los distintos debates[85], se encuentra desarrollado por el artículo 25 sobre el principio de economía, centrado en el deber de la administración de establecer los procedimientos racionales con las formalidades y etapas estrictamente indispensables[86]. El legislador insiste sobre la naturaleza instrumental de los procedimientos[87].

El artículo 5.º del Decreto 2170 de 2002 introdujo un instrumento adicional de flexibilidad del procedimiento de selección de contratistas: el sistema de conformación dinámica de la oferta. En desarrollo de este procedimiento, la entidad contratante realiza una audiencia pública en la que los proponentes

---

82 Información de la página web oficial de la Secretaría del Senado.

83 Ponencia para el segundo debate del proyecto de la Ley 80 en el Senado, en Betancur Cuartas. Ob. cit., p. 165.

84 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en Betancur Cuartas. Ob. cit., p. 126.

85 Ponencia para el segundo debate del proyecto de la Ley 80 en Cámara de Representantes, en Betancur Cuartas. Ob. cit., p. 169.

86 Num. 1 art. 25: "En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones". Num. 2 art. 25: "las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias". Con esta misma lógica, la posibilidad de declar desierta una licitación o concurso fue restringida a los "motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión" (num. 18 art. 25).

87 Por ello el numeral 3 recuerda que éstos "constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados", y el 4.º que "los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato".

presentan un proyecto de oferta inicial que podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas sobre los aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas de conformidad con los pliegos de condiciones o términos de referencia. Una vez concluido el tiempo previsto para la presentación de las posturas la entidad, seleccionará la mejor. Pero, como acabamos de reseñarlo (supra n.º 353) el Consejo de Estado consideró que en principio este procedimiento no puede ser creado por el reglamento.

Bajo estas reglas, cada entidad contratante goza de gran autonomía para determinar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, dada la generalidad de las normas de la ley. Pero al mismo tiempo, ésta determina los parámetros para que el contenido de los pliegos y términos garantice la transparencia[88], así como la definición precisa de las diferentes etapas del procedimiento.

El artículo 30 sobre la licitación y el concurso públicos exige el establecimiento de plazos precisos para la presentación de ofertas, su evaluación y la adjudicación del contrato, lo que se suma a las exigencias de precisión sobre las particularidades de los bienes y servicios solicitados (num. 5 art. 24). La administración se encuentra entonces ligada por las condiciones que ella misma establece y los proponentes deben también respetar extrictamente los términos de pliegos de condiciones o términos de referencia so pena de verse excluidos de la competición (num. 6 art. 30).

356. *Interpretación del Consejo de Estado.* Sin embargo, un problema delicado se plantea: ¿hasta dónde la entidad contratante está ligada por las exigencias que ha establecido en los pliegos?

Con la intención de reducir al máximo las decisiones discrecionales el numeral 15 del artículo 25 prescribe:

> Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.
>
> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

---

88 Libertad de la administración contratante en la redacción de los pliegos de condiciones pero carácter reglado según los principios de igualdad de los proponentes y de transparencia. CEC, Sección Tercera. 3 de mayo de 1999, Germán Torres Salgado, t. 395, fls. 229 a 255.

357. Esta disposición desarrolla dos normas constitucionales. La primera (art. 83) establece el principio de la buena fe según el cual "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". La segunda (art. 84) enuncia que, "cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de menera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

El problema es definir lo que los pliegos de condiciones o términos de referencia pueden exigir a los proponentes, y si las entidades estatales tienen el derecho de rechazar los proponentes que no cumplan con *todas* las condiciones del pliego, en aplicación del numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80, o si, por el contrario, ciertas exigencias deben ser consideradas ineficaces de pleno derecho por no respetar las *directivas* legales para la redacción de los pliegos, como lo prevé el numeral 5 del artículo 24 de la misma ley.

El Gobierno hizo una consulta al Consejo de Estado sobre la posibilidad de exigir en los pliegos o términos de referencia los diplomas y otras pruebas que acreditasen la formación o experiencia de los candidatos, teniendo en cuenta la importancia de estos dos factores para la calificación objetiva de las propuestas. El Consejo de Estado consideró que "la exigencia de acreditar documentalmente los factores de evaluación no se contrapone al principio de la buena fe consagrado en los artículos 83, de la Constitución y 28 de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, por razones de justicia y equidad se debe conceder a los oferentes la oportunidad para acreditar sus calidades y condiciones, que permitan a la administración valorar cuál es la mejor propuesta, siempre y cuando se exijan en el pliego de condiciones"[89].

358. Sin embargo, el concepto parece confundir los factores de evaluación con su prueba, cuando lo que la ley exige es la objetividad de los primeros. La discusión no es simplemente teórica, por las graves consecuencias de la mezcla de exigencias. Los contratistas se quejan con frecuencia de las exigencias excesivas que sirven de base injustificada para excluir proponentes. Por ejemplo, sobre la base del concepto del Consejo de Estado, una administración municipal eliminó la propuesta de una compañía consultora para un gran contrato de servicios públicos porque uno de los arquitectos, entre los 25 empleados de la compañía, no presentó la fotocopia que probaba su grado de arquitecto[90].

---

89 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de abril de 1996, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, rad. 811-96.

90 Entrevista dentro de la investigación de campo de la práctica de la *Contratación estatal*, cit.

359. Por el contrario, la jurisprudencia de la sección contenciosa del Consejo de Estado registra una evolución hacia la protección del carácter finalista de los procedimientos. Así, no anuló la adjudicación de un contrato pese a que la prueba de propiedad de los equipos destinados a la obra no respetaba las exigencias del pliego[91]. Con la misma lógica, la corporación consideró que los defectos formales de una póliza de garantía no invalidaban la licitación[92], así como su fotocopia simple, pese a que el pliego exigía una copia autenticada[93].

La jurisprudencia insiste sobre la jerarquización de las exigencias de los pliegos de condiciones para distinguir aquellas que son esenciales para la comparación de las propuestas de las que constituyen formalidades complementarias[94]. De igual manera, critica la aplicación literal de los términos de los pliegos sin analizar los objetivos y funciones buscados por las formalidades. De esta manera el Consejo de Estado anuló la adjudicación de un contrato porque la entidad estatal había rechazado una propuesta que no había sido firmada por el representante legal de la sociedad proponente, como lo exigía el pliego, sino por su suplente, quien podía representar a la sociedad de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio[95].

El Consejo de Estado estudia los efectos de las irregularidades sobre la concurrencia y autoriza su regularización ulterior si ello no pone en tela de juicio el principio de igualdad de los proponentes.

En igual sentido, el parágrafo del artículo 4.° del Decreto 2170 de 2002 prescribe que los requisitos o documentos referentes a la futura contratación o al proponente, que no sean necesarios para la comparación de las propuestas, "podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación". La interpretación útil de este artículo, que desarrolla el inciso 2.° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 transcrito (supra n.° 356), permite concluir que la posibilidad de pedir estos requisitos o documentos hasta la ad-

---

91 "… la sociedad adjudicataria al presentar su oferta acreditó la propiedad del vehículo y de los equipos que relacionó mediante fotocopia auténtica de la licencia de tránsito n.° 268238 de la cual se deduce que la mencionada sociedad era la propietaria de la volqueta de placas IB 8106 (fl. 108, cdno. 5). Así mismo, anexó fotocopias auténticas de las facturas de compra de la mezcladora (fl. 102, cdno. 5), del vibrador de concreto y del elevador de concreto (fl. 102, cdno. 5), y de la motobomba (fl. 107, cdno. 5). Con la copia auténtica de la licencia aludida y de las facturas de compra referidas, estima la Sala que la entidad contratante acreditó la propiedad de los elementos mencionados y, por tanto, no resultaría cuestionable la calificación asignada en ese momento por el comité evaluador al proponente seleccionado" (CEC, Sección Tercera, 5 de junio de 1998, Javier David Cardozo Corzo, t. 373, fls. 299 a 317).

92 CEC, Sección Tercera. 18 de mayo del 2000, Constructora Brugues y Cía Ltda., t. 417, fls. 193 a 240.

93 CEC, Sección Tercera. 19 de junio del 1998, Alberto Antonio Mendoza Daza, t. 374, fls. 45 a 83.

94 CEC. 13 de mayo de 1996, Insfopal y 19 de junio de 1998, Alberto Antonio Mendoza Daza, cit.

95 CEC, Sección Tercera. 28 de junio de 1998, Famet Ltda., t. 373, fls. 131 a 176.

judicación permite que los proponentes que no los cumplan en un primer momento continúen en la competencia hasta el final.

b. TRANSPARENCIA DE TODAS LAS ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN

Aunque la transparencia de toda la actividad contractual de la administración constituye una de las manifestaciones fundamentales de la ley, es en la licitación y los concursos públicos en donde el legislador insiste de modo particular[96]. La transparencia previa a través de la publicidad de la invitación a proponer se refuerza con la transparencia durante todo el procedimiento de selección, hasta la adjudicación.

360. *Llamado público a la concurrencia*. El numeral 3 del artículo 30 de la ley establece:

> … dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.
>
> En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.
>
> Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

Además, el numeral 7 del artículo 22 obliga a las entidades estatales a "remitir a las cámaras de comercio de su jurisdicción, la información general de cada licitación o concurso que pretendan abrir en la forma y dentro de los plazos que fije el reglamento. Con base en esta información las cámaras de comercio elaborarán y publicarán un boletín mensual, que será público, sin perjuicio de lo establecido en el numeral tercero del artículo 30 de esta ley". Publicidad que se ve acentuada hoy por las exigencias del Decreto 2170 de 2002 con relación a la inclusión de pliegos y del acto de apertura de licitación en las páginas web de las entidades contratantes (supra n.os 342 y 343).

---

96 CEDIEL DE PEÑA. "La selección objetiva del contratista", cit., p. 46.

361. *Proceso de selección.* La publicidad previa se complementa con la transparencia durante el desarrollo del proceso de selección. Al principio general de transparencia de los numerales 2, 3, 4 y 7 del artículo 24 vistos anteriormente, en la licitación y concurso la Ley 80 introduce controles externos por parte de los proponentes y de los organismos de control que tienen por objeto asegurar la efectividad de la transparencia. Así, el numeral 8 del artículo 30 establece que "los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes". El legislador crea una oportunidad de controlar los análisis realizados por la entidad contratante, aunque naturalmente, "en ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas".

362. *Adjudicación del contrato.* La transparencia también se ve estimulada por la posibilidad de solicitar la adjudicación del contrato en audiencia pública. Prevista por la Constitución, a solicitud de los proponentes y por orden de la autoridad de control fiscal[97], la audiencia pública se desarrolla con la participación obligada del jefe de la entidad contratante o la persona en quien ha delegado la competencia para adjudicar, según las reglas establecidas por la ley, y, de preferencia, los servidores públicos que elaboraron los estudios y evaluaciones (num. 10 art. 30), con lo cual se busca un intercambio de opiniones y una franca discusión. El Decreto 2170 de 2002 reforzó la importancia de esta audiencia al reglamentarla en su artículo 3, que fija las reglas de su funcionamiento[98].

Con todo, no hay que concluir que esta audiencia consagra una negociación sobre la adjudicación. La discusión se adelanta bajo la dirección del responsable del contrato para explicar, clarificar y eventualmente corregir las evaluaciones realizadas por la entidad, sin que la audiencia pueda "ser utilizada por los oferentes para revivir el plazo que les otorga la ley para formular observaciones a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad estatal"[99]. De todas maneras, el responsable del contrato finalmente tomará de manera unilateral la decisión sobre su adjudicación, a través de un acto administrativo[100].

---

97 Art. 273 C. N.: "A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública. Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquélla, serán señalados por la ley".

98 Sobre las nuevas reglas y el análisis de una extralimitación de la competencia reglamentaria del artículo en cuanto permite la imposición de oficio de la audiencia por la entidad contratante, no prevista en la Ley 80, ver J.C. Expósito, cit. p. 528.

99 Art. 5.º Dcto. 287 de 1996.

100 Num. 11 art. 30 Ley 80: "El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se

c. Respeto riguroso de los criterios de selección pre establecidos

363. *Determinación en el pliego de condiciones.* La Ley 80 no establece directamente criterios de adjudicación por cuanto, como hemos visto, no existen pliegos generales. Sin embargo, la ley obliga a las entidades a autolimitar su voluntad en los procedimientos de licitación y concurso públicos. El numeral 2 del artículo 30 de la ley les impone "la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección" en el pliego de condiciones, y el artículo 29 sobre la selección objetiva prescribe que para determinar la oferta más favorable en este tipo de procedimiento de selección la entidad contratante debe tener "en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, *contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia* sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido".

El artículo 4.º del Decreto 2170 de 2002 define los criterios que deben tener en cuenta las entidades contratantes al establecer los factores de escogencia y calificación en los pliegos de condiciones o términos de referencia. En primer lugar, establece que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente deben establecerse como exigencias para poder concursar, sin otorgarles puntajes específicos de calificación, salvo que se trate de servicios especializados en los que la experciencia puede ser relevante para escoger entre una y otra propuesta. Luego, el numeral 2 define de manera más concreta lo que ha de considerarse como la oferta más favorable, al obligar establecer en el pliego de condiciones o términos de referencia una *ponderación matemática precisa y detallada* los los factores técnicos y económicos de escogencia y al imponer la coherencia de la oferta seleccionada frente a la consulta de precios o condiciones del mercado realizada a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE) de la Ley 598 de 2000.

Sin embargo, el artículo cuya legalidad había sido puesta en duda por la doctrina, en la medida en que la Ley 80 no prevé estas restricciones[101], fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, como lo señalamos

---

notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga la entidad y al adjudicatario".

101 J.C. Expósito, cit. p. 530.

al analizar la competencia reglamentaria en materia contractual (supra n.os 129 y 130).

364. *Obligación de respetar los criterios preestablecidos.* Estas exigencias conllevan consecuencias importantes para la adminsitración por cuanto, una vez establecidos, los criterios de selección no pueden variarse en el momento de análisis de las propuestas. "Contenida la forma de evaluación en el pliego de condiciones, se considera que allí se establecieron las reglas de juego para los participantes en la licitación, y que estas eran inmodificables, pues, como lo han enseñado la doctrina y la jurisprudencia, el pliego de condiciones, norma fundamental del contrato, es inmodificable"[102]. El Consejo de Estado controla el respeto de los criterios a tal punto que incluso las circulares que los explican se imponen a la entidad contratante[103], lo cual contrasta con el control reducido del juez administrativo francés sobre el ejercicio del poder discrecional de la administración en el acto de adjudicación[104].

La entidad contratante no puede reservarse el poder discrecional en este tema. La jurisprudencia no la admite, en principio, y rechaza los términos del pliego tales como "el derecho de aceptar o no ofertas que no reúnan la totalidad de requisitos o que presenten defectos en forma (*sic*), omisiones o errores significativos y aquellas que no sean convenientes para la entidad"[105], que permiten dejar de lado los criterios de evaluación preestablecidos. Aunque la ley

---

102 CEC, Sección Tercera. 26 de septiembre de 1996, Distral S. A.; Talleres de Mecánica I. Klein & Cía. Ltda., t. 320, fls. 102 a 137.

103 CEC, Sección Tercera. 17 de octubre de 1995, Alberto Dangond Uribe, t. 290, fls. 245 a 326.

104 *Traité*, t. I., p. 639. En el derecho francés, "la administración tiene la completa libertad para escoger el proponente. Esta regla ha sido consagrada por la jurisprudencia como inherente a la definición misma de la licitación (CEF, Secc. 23 de noviembre de 1934, *Syndicat des contribualbes de l'arrondissement de'Aix-en-Provence*, p. 1099; 11 de enero de 1939, *Ets Luteraan*, p. 11; 4 de junio de 1976, *Desforets*, p. 301). El antiguo código de contratos afirmaba en efecto en su artículo 97 que la persona responsable del contrato "escoge libremente la oferta que juzga más interesante, teniendo en cuenta, especialmente, el precio de las prestaciones, su costo de utilización, su valor técnico y su plazo de ejecución". El nuevo código de 2001 parece más exigente y próximo a nuestra concepción por cuanto en su artículo 60 II prescribe que "después del concepto de la comisión de adjudicación, la persona responsable del contrato, en el caso de la Nación y sus establecimientos públicos, o la comisión de adjudicación, en el caso de las entidades territoriales y sus establecimientos públicos, escoge la oferta económicamente más ventajosa *conforme a los criterios anunciados en el aviso de licitación o en el pliego de condiciones*" (cursiva fuera de texto). Sin embargo, una circular del Ministerio de Hacienda ratifica la posición tradicional de la jurisprudencia al comentar este artículo: "La libertad de selección del titular del contrato es un pricipio fundamental del procedimiento de licitación" ("Intruction pour l'application du Code des Marchés Publics, décret n.º 2001-210 del 7 de marzo de 2001)": Circular del 28 de agosto 2001 del Ministerio de Economía, Finanzas e Industria, en *Diario Oficial*, n.º 208 del 7 de septiembre de 2001, pp. 37351 a 37434.

105 CEC, Sección Tercera. 23 de abril de 1998, Construcciones C. F. Ltda., t. 369, fls. 153 a 177.

autoriza a los proponentes a presentar alternativas y excepciones técnicas[106], la jurisprudencia exige que ello sea expresamente previsto en los pliegos[107]. La administración debe, en fin, evitar las licitaciones desiertas que no pueden ser declaradas sino por motivos o causas que impidan la selección objetiva.

365. *Una jurisprudencia ambigua*. Sin embargo, la jurisprudencia no es homogénea y el Consejo de Estado otorga una gran libertad a la entidad contratante, lo que parece contrario a las disposiciones de la Ley 80. La alta corporación encontró lícito que la administración adaptase un parámetro de calificación de la capacidad técnica y financiera de las sociedades proponentes que no estaba previsto en el pliego de condiciones y, más grave aún, la posibilidad de establecer factores de evaluación potestativos y vagos como el siguiente:

> En la evaluación de las propuestas se tendrá en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el Código Fiscal del Valle, *entre otros*, los siguientes factores: precios y plazos de la ejecución ofrecidos; los antecedentes del proponente como contratista de la construcción; experiencia en obras similares a la licitada; personal y equipo disponible para los trabajos; magnitud y características de los compromisos contractuales vigentes; su organización técnica, administrativa y financiera, solvencia económica y capacidad técnica; distribución equitativa de los contratos… (cursiva fuera de texto).

La sentencia concluye que "la enumeración de factores de evaluación no es taxativa (*numerus clausus*) sino enunciativa, por vía de ejemplo (*numerus apertus*), y que la administración podía y puede valerse de otros, en orden a lograr una adjudicación excelente, toda vez que se garanticen la transparencia y los derechos de los proponentes"[108].

Así mismo, pese a que resalta que los sistemas de evaluación que no atribuyen puntaje a cada factor de calificación son contrarios a los principios de transparencia establecidos por la ley, el Consejo de Estado afirma que la omisión de esta jerarquización no es necesariamente ilegal y que es preciso analizar cada caso[109].

Con todo, la jurisprudencia reciente se muestra más exigente con el respeto de los términos de los pliegos, para resaltar por ejemplo la desviación de poder en una licitación municipal en la que el alcalde quiso ante todo dejar una obra

---

106 Num. 6 art. 30 Ley 80 de 1993: "… Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación…".

107 CEC, Sección Tercera. 13 de mayo de 1996, Insfopal, t. 308, fls. 97 a 108.

108 CEC, Sección Tercera. 13 de mayo de 1996, Gabriel Gómez Jaramillo, t. 307, fls. 308 a 340. En el mismo sentido, CEC. 10 de septiembre de 1997, Disarchivo Ltda., t. 351, fls. 125 a 141.

109 CEC, Sección Tercera. 5 de septiembre de 1996, Galán Dueñas, Miguel Antonio, t. 317, fls. 383 a 402.

concluida antes del final de su mandato, descartando con ello propuestas más favorables según los parámetros de los pliegos y fijando puntajes iguales frente a diferencias técnicas importantes de las propuestas[110]. En otros casos, hace un análisis minucioso de los hechos, de las exigencias de los pliegos y de su aplicación por la entidad, antes de concluir que el comportamiento de ésta se ajustó a ellos[111].

Esta exigencia también se manifiesta en el rigor para aceptar una licitación desierta. Es el caso de una declaratoria en este sentido proferida por una entidad sobre la base de afirmaciones no confirmadas de un proponente quien denunció en la audiencia de adjudicación el hecho de haber recibido una propuesta de colusión por parte del proponente mejor calificado, según la cual todos las propuestas tendrían un valor artificialmente alto con el fin de que el ganador repartiera el exedente entre los vencidos. Frente a la denuncia y luego de haber suspendido la audiencia, la entidad motivó genéricamente su acto afirmando que "las propuestas presentadas [eran] inconvenientes para el Instituto". El Consejo de Estado critica el fundamento de esta decisión: "Aducir razones de inconveniencia, tal como lo permitía el ordinal 5.º del artículo 265 del Código Fiscal, como quiera que éstas no están definidas por la ley, remite a lo que la doctrina ha denominado 'cláusulas abiertas' o 'conceptos jurídicos indeterminados', los cuales no dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma, con un mayor margen de apreciación. Para Eduardo García de Enterría el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten, no implican, en ningún caso, una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no"[112–113]. Y recuerda además la jurisprudencia de la Corte Constitucional que "insiste en la prudencia y mesura que deben tener las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que cuando se encuentran frente a uno de ellos están obligadas a adoptar la solución más acorde con la ley, con el fin de evitar una arbitrariedad[114]. Distingue ésta de la discrecionalidad, en tanto que 'lo discrecional, para que sea legítimo, se halla o debe hallarse

---

110 CEC, 28 de agosto de 2003, Luis Fernando Díaz Cabrera y José Yesid Ospina León, t. 536, fols. 144-178.

111 CEE, 21 de agosto de 2003, Inesco Ltda., t. 535, fls. 321-362

112 Nota original: EDUARDO GARÍA DE ENTERRÍA. La lucha contra las impunidades del poder. Madrid, Cuadernos Civitas, 1983, p. 63 (citado en la sentencia).

113 CEC, 29 de mayo de 2003, Edgar Alfonso Parrado Granados, t. 528, fols. 205-227, y 20 de febrero de 2003, Augusto Moreno Múrcia, f. 521, fls. 52-88 (sentencia sobre los mismos hechos).

114 Sentencias C-530 de 1993 y C-081 de 1996 (citada en la sentencia del Consejo de Estado)

cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables', toda vez que las decisiones sin motivación respetable pueden ser el fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores"[115].

Como lo hemos visto (supra n.° 363), el artículo 4.° del Decreto 2170, que constituye en este tema una restricción importante a las liberalidades de la administración en la calificación de las propuestas al imponer una *ponderación matemática, precisa y detallada* de los factores de calificación y la coherencia con los precios o condiciones del mercado, fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado (supra n.° 129).

366. Sin duda la adjudicación del contrato no puede ser automática y los pliegos no pueden contener todas las posibilidades, pero el autorizar un alto grado de liberalidad a la administración hace ilusorio el esfuerzo del legislador por moralizar y racionalizar los procesos licitatorios.

El espacio de libertad reconocido a las entidades contratantes en la elaboración de los pliegos y términos de referencia está limitado por la autodeterminación del procedimiento y los criterios de selección establecidos desde el comienzo del procedimiento de selección. La contratación directa parece partir de otra lógica.

2. LA CONTRATACIÓN DIRECTA: ENTRE LIBERTAD Y RESTRICCIÓN

367. La Ley 80 no contiene una definición de este procedimiento de contratación como lo hace con la licitación y el concurso. El Gobierno Nacional reglamentó la materia por delegación expresa de la misma ley[116] a través de los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, pero estos textos tampoco contienen una definición.

El código de contratos francés lo define de la siguiente manera: "la contratación directa es un procedimiento por el cual la persona pública escoge el titular del contrato después de la consulta de candidatos y la negociación de las condiciones del contrato con uno o varios de ellos"[117]. Esta noción parece apli-

---

115 Sentencia C-024 de 1994 (citada en la sentencia del Consejo de Estado).

116 Parág. 2.° art. 24 Ley 80 de 1993: "El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella. Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de su nulidad".

117 Art. 34 Código de 2004. El antiguo código contenía una definición similar en su artículo 103: "El procedimiento es llamado 'negociado' cuando la persona responsable del contrato entabla libremente las dicusiones que le parecen útiles con los candidatos de su escogencia y atribuye el contrato al candidato que selecciona".

cable en el derecho colombiano por cuanto reposa sobre el principio de libertad de negociación y de escogencia del contratista, inherente y esencial a este tipo de procedimiento de selección.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia y el legislador se esfuerzan por reducir el carácter discrecional de la selección, con frecuencia asimilada a selección arbitraria. La ley impone límites a la voluntad del servidor público quien no solo está sujeto a los objetivos y finalidades de la actividad contractual (art. 3.º Ley 80) sino también al respeto de los tres principios fundamentales, que enmarcan globalmente la voluntad administrativa, y en particular al respeto de la selección objetiva[118]. En este sentido, el artículo 29 prescribe que en la contratación directa el "ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en el análisis previo a la suscripción del contrato, resulta ser el más ventajoso para la entidad". Por su parte, el parágrafo 1.º del artículo 24 advierte que la contratación directa "no impedirá el ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dichos procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato". El Consejo de Estado ha explicado en este sentido que "la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional para celebrar contratos con mayor agilidad en ciertos eventos contemplados taxativamente en la ley; sin embargo dicha brevedad en el proceso de selección no puede servir como excusa para ignorar ciertos principios rectores de la contratación estatal que deben ser tenidos en cuenta sin importar la forma utilizada en la escogencia de la mejor propuesta"[119].

368. Nos podemos preguntar entonces cuál es el balance de estas exigencias en la medida en que el principio de transparencia favorece la publicidad, la concurrencia y la igualdad de los candidatos, lo que no es necesariamente compatible con la esencia de la contratación directa. La evolución jurídica nos muestra una dinámica paradójica: aunque los textos legales brindan a la administración una *gran libertad de la contratación directa* (a), la *reglamentación en la materia* (b) la ha restringido de manera significativa.

---

118 Art. 2.º Dcto. 855 de 1994: "En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993".

119 CEC, Sección Tercera. 10 de agosto de 2000, Promotora de Intercambio S. A., t. 426, fls. 215 a 240.

a. LIBERTAD EXTENDIDA POR LOS TEXTOS LEGALES

El análisis de los textos legales nos muestra una gran libertad de la administración tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. Por el primero, podemos constatar que la contratación directa es *un procedimiento mucho más frecuente* de lo que en principio afirma la ley (1). El segundo pone en evidencia que la restricción de la voluntad administrativa en este tipo de contratación está guiada esencialmente por *preocupaciones económicas* (2).

1. UN PROCEDIMIENTO FRECUENTE

369. La intención del legislador fue, sin lugar a dudas, reducir el número de casos de contratación directa. Este propósito fue explícito en el proyecto de ley al citar el estudio de la Contraloría General de la Nación que mostraba cómo en 1989, entre los 1.380 contratos de obra de la administración central, 880 fueron celebrados por contratación directa[120]. El propósito también es explícito en la ley cuando afirma en el principio de transparencia del artículo 24 la regla general de la licitación o concurso públicos y el carácter excepcional de la contratación directa (num. 1), tan solo posible cuando así lo prevea expresamente la ley[121]. La intención es también evidente al comparar los textos. Los 28 casos de contratación directa que contenía el estatuto del Decreto Ley 222 de 1983 fueron reducidos a 13 por el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80.

La contratación directa parece una verdadera excepción a la regla general. Pero el análisis más detallado indica que este procedimiento es bastante frecuente. El número considerable de estos contratos obedece a la vaguedad de ciertas nociones que permiten la aplicación del procedimiento *excepcional*.

370. *Noción amplia de las empresas públicas.* En primer lugar, los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado son celebrados, en general, por contratación directa. Pero los textos recientes han ampliado la noción de este tipo de personas de derecho público al calificar de tales ciertas instituciones encargadas de funciones esencialmente administrativas. Sin duda el propósito del legislador en estos casos es el de ofrecer flexibilidad y dinamismo a tavés de la aplicación del derecho privado a estas instituciones. Pero en estricto sentido su objetivo está lejos de las actividades industriales y comerciales. Es el

---

120 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 100.

121 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de enero de 1997, Ministerio del Interior, Consejo de Estado, rad. 938-97.

caso de la Caja Nacional de Previsión Social creada por la Ley 6.ª de 1945 y transformada en empresa industrial y comercial del estado mediante la Ley 490 del 30 de diciembre de 1998; la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena (Ley 161 de 1994) o el SISE, responsable de la gestión y coordinación de las bases de datos y los sistemas informáticos de la Alcaldía Mayor de Bogotá (Dcto. 410 de 1994).

En Francia, la jurisprudencia conserva un rol importante en la recalificación de las instituciones en las que la actividad no corresponde a su naturaleza jurídica plasmada en los textos de creación. El Consejo de Estado francés identifica los institutos que pese a su naturaleza administrativa ejercen algunas actividades industriales y comerciales, sin modificar con ello su naturaleza jurídica de establecimientos públicos administrativos[122]. También, el Tribunal de Conflictos califica de *establecimientos de doble faz* aquellos que aseguran a la vez misiones administrativas y comerciales[123]. En fin, la jurisprudencia utiliza el término de establecimientos *de faz invertida* (*à visage inversé*) para aquellos calificados por los decretos de creación como empresas industriales y comerciales pero que en realidad desarrollan actividades administrativas, lo que les permite recalificarlos según su verdadera naturaleza[124].

El juez administrativo francés frena así el abuso de los poderes públicos en la calificación de empresa industrial y comercial, atribuida a instituciones que no cumplen en realidad con este tipo de actividades. Por el contrario, no puede modificar la clasificación establecida por una ley, por cuanto carece de competencia frente a esta jerarquía de normas[125]. Esta situación excepcional en Francia, en la medida en que los establecimientos públicos de carácter administrativo o industrial y comercial pueden ser creados por decreto, es la regla en nuestro derecho. En efecto, la Constitución atribuye a la ley la creación de estas instituciones. Además, el control de la Corte Constitucional tampoco permite una reclasificación en nuestro derecho, dada la autonomía considerable del legislador en la materia[126].

---

122 CEF, 12 de diciembre de 1985, Syndicat national des industriels de l'alimentation animale, rec. 381.

123 TC, 12 de noviembre de 1984, Société Interfrost. FIOM, rec. 450.

124 TC, 24 de junio de 1968, *Société d'Approvisionnements alimentaires et Société* "*Société Distilleries Bretonnes*", rec. 801, concl, Gégout.

125 CEF, Sect., 16 de diciembre de 1983, *Office municipal de Tourisme de la vallée X*, en *AJDA*, 1984, p. 170.

126 Art. 150 C. N.: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por intermedio de ellas ejerce las siguientes funciones: 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica: reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta".

De esta manera, la calificación de empresas industriales y comerciales conlleva la posibilidad de celabrar la mayoría de los contratos de estas instituciones por contratación directa. El artículo 24, numeral 1, literal m, indica que la excepción que permite tal procedimiento tan solo se reputa de los "contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley", pero la noción de *objeto directo* fue definida de manera general por el decreto reglamentario, al punto que incluye todas las actividades de estas empresas[127].

371. *Obligación de aplicación integral del derecho privado.* En segundo lugar, los casos de contratación directa se ven multiplicados por las normas que establecen la aplicación del derecho privado, como en las empresas sociales que tienen por objeto la prestación de servicios de salud y que según la Ley 100 de 1994 deben aplicar el derecho privado a todos sus contratos (num. 6 art. 195). Así mismo, las empresas de servicios públicos domiciliarios (art. 32 Ley 142 de 1994), las universidades públicas (art. 93 Ley 30 de 1993) y las asociaciones de entidades públicas (art. 95 Ley 489 de 1998).

372. *Extensión por reglamentos.* En tercer lugar, la amplitud considerable de algunos tipos de contratación directa es la consecuencia de su reglamentación. El artículo 4.º del Decreto 855 de 1993 define lo que debe entenderse por "bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional" a los que hace referencia la Ley 80 (lit. i num. 1 art. 24), como excepción al procedimiento de licitación. Pero la lista de los bienes se tornó en extremo general, cuanto más porque el decreto original fue completado por otros tres que sumaron nuevos bienes[128].

El Consejo de Estado rindió un concepto en el que formulaba sus dudas sobre la legalidad de uno de estos decretos que incluía como bienes necesarios para la *seguridad nacional* "los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral-Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de moder-

---

127 Art. 18 Dcto. 855 de 1993: "Para efectos de lo dispuesto en el literal m del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se consideran actos y contratos que tienen por objeto directo las acividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, entre otros, la compraventa, permuta, suministro y arrendamiento de los bienes y servicios que constituyen el objeto de dichas entidades, así como de los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios". Sobre la crítica de esta noción P. Mier Barros. "La contratación directa", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 153.

128 Decretos 329 de 1995, 1275 de 1995 y 2964 de 1995.

nización de la cedulación, identificación ciudadana y aquellos de los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil" (art. 1.º Dcto. 1275 de 1995). De igual manera consideró que la compra de un vehículo blindado para el Procurador General no debía ser considerada como un *bien necesario para la seguridad nacional*[129]. Y sin embargo, los decretos incluyen no sólo este caso de manera específica (num. 4 art. 4.º Dcto. 855 de 1994), sino también los vehículos comprados para ser blindados (art. 1.º Dcto. 2664 de 1995), las obras públicas por motivos de seguridad, el suministro de equipos para los hospitales militaries y todo tipo de uniformes de las fuerzas armadas (art. 4.º Dcto. 855 de 1994).

Esta extensión de la contratación directa hace de este procedimiento la regla general en el sector de las fuerzas armadas. Además, los decretos incluyeron instituciones que no tienen relación directa con la seguridad nacional, como la Fiscalía, el Departamento Administrativo de la Presidencia, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la organización electoral. Es una extensión peligrosa, si se tiene en cuenta el carácter secreto de estos contratos, que crea gran bruma en su procedimiento de celebración.

373. *Excepciones a la Ley 80.* Ciertos contratos, en fin, se benefician de un tratamiento especial. El artículo 13 de la Ley 80 acuerda un régimen privilegiado a "los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales". Estos contratos pueden en efecto "someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes".

374. Es difícil establecer con exactitud el porcentaje de la contratación directa por cuanto la información reportada por las entidades al diario único de contratación con el objeto de la publicación del contrato no incluye el procedimiento de celebración. Pero el análisis de la realidad de los tipos de contratación directa muestra que este procedimiento no es tan excepcional como lo formula la Ley 80.

2. FINALIDAD ECONÓMICA

375. La contratación directa conlleva libertad significativa si se tiene en cuenta el objetivo central de su regulación legal. En efecto, la *selección objetiva* ordenada por el legislador se traduce en la selección de la propuesta más económica,

---

129 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de enero de 1997, Ministerio del Interior, rad. 938-97.

aunque ello no sea sinónimo de la propuesta más barata, sino de la que refleja la mejor relación entre calidad y precio. La administración debe entonces hacer "las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello" (art. 29), y en los casos de venta y de arrendamiento de sus bienes hacer una estimación oficial de su valor[130].

376. *Libertad de negociación y de selección*. A la lectura del artículo 29 de la Ley 80 observamos que, a diferencia de la licitación o concurso públicos, en la contratación directa no se determinan previamente los criterios de selección del contratista. Lo que no quiere decir que la selección sea caprichosa. Tanto el artículo como el principio de motivación de las decisiones contractuales (núm. 7 del art. 24 de la Ley 80) obligan a la entidad a justificar su escogencia para asegurar que sea objetiva. El artículo prescribe que la entidad contratante debe hacer un "análisis previo *a la suscripción del contrato*", en el que debe "tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos", operación que justamente permite determinar el "ofrecimiento más favorable".

Bajo estas exigencias de la Ley, la entidad no estaría obligada a establecer los criterios de selección de su contratista en los términos de referencia de la contratación directa. Más aún, nada se opone a que haya negociación y libertad en la selección de la mejor oferta, siempre y cuando se justifique la decisión, incluso si ella está precedida de medidas de publicidad.

377. *Ni la publicidad ni la concurrencia excluyen por esencia la negociación*. En este sentido el Código de Contratos Públicos francés (*Code des marchés publics*) establece una clasificación de los procedimientos de contratación directa –dependiendo del objeto o de circunstancias particulares– según si la suscripción del contrato está precedida de publicidad o no, y en este último caso, si está o no sometida previamente a la concurrencia[131].

La publicidad consiste en la inserción de un aviso en un periódico especializado, según el objeto contractual[132]. Y en cuanto al sometimiento de la concurrencia, éste consiste en la consulta de varios proponentes y la elaboración de

---

130 Decreto 855 de 1993, artículos 15 a 17.

131 Código de 2004, art. 34 segundo párrafo°: "... los contratos negociados son suscritos con o sin publicidad previa que permita la presentación de ofertas concurrentes. En ausencia de publicidad previa, son suscritos, bien sea después de someterlos a la concurrencia, o bien, sin hacerlo".

132 Art. 40. VIII. del Código de 2004.

términos de referencia en los que se define claramente el objeto del contrato, las condiciones jurídicas de los candidatos y los criterios de selección, organizados en orden prioritario[133]. Sin embargo, el cumplimiento de estas formalidades, que buscan asegurar la escogencia de la oferta económicamente más ventajosa y la igualdad de tratamiento dado a todos los candidatos, principios aplicables a todo contrato público, no borran la diferencia esencial con el procedimiento de licitación, que señalamos antes (supra n.º 367), a saber, la posibilidad de negociar con los candidatos consultados y de escoger libremente entre ellos quién será el contratista de la administración.

La concepción francesa parece responder al espíritu de la contratación directa fijado de manera general en la Ley 80, a través de la aplicación de los principios de la contratación estatal (arts. 23 y ss), y de manera concreta en la aplicación del principio de selección objetiva definido en artículo 29. No obstante, veremos en seguida cómo la reglamentación actual de la contratación directa ha restringido sensiblemente esta concepción.

b. Reglamentación restrictiva de la libertad

378. Las entidades contratantes entendieron con frecuencia el deber de selección objetiva como la obligación de elaborar verdaderos pliegos de condiciones o términos de referencia en los que se incluyeran parámetros estrictos de selección que, una vez fijados en la invitación a proponer, restringían de manera significativa su voluntad. En estos términos, la diferencia entre la licitación y el concurso públicos y la contratación directa no era clara.

379. El Decreto 2170 de 2002, en aras de combatir la corrupción, consagró esta tendencia en el derecho positivo, contraria a la *naturaleza* de la contratación directa. Aunque se pueda plantear el problema de la legalidad del Decreto frente al espíritu del artículo 29 la Ley 80 que reglamenta, hemos visto que la manera como el legislador decidió confiar globalmente al Ejecutivo la reglamentación de la materia, hace incierta toda aseveración tajante sobre los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria, tanto más después de la *bendición* que la Corte Constitucional dio a esta particular *delegación* del legislador (supra n.º 133).

De cualquier manera, el hecho es que hoy la reglamentación de la contratación directa excluye toda posible negociación con los proponentes así como la

---

133 Art. 42 del Código de 2004, y *arrêté* del 28 de agosto del 2001 del Ministerio de Economía de Finanzas y de la Industria.

libre selección de quien va ser el contratista de la administración. El capítulo III del Decreto, sobre la selección objetiva en la contratación directa, restringe la voluntad de la entidad contratante de varias formas.

En primer lugar, a través de la forma como se realiza la determinación de los candidatos que pueden presentar ofertas. El artículo 11 del decreto establece que para los contratos de menor cuantía, después de realizar la publicación de los proyectos de pliegos y los pliegos definitivos en la pagina web de la entidad, ésta realizará una convocatoria pública que permita a los oferentes manifestar su interés en el proceso de selección para que la entidad conforme luego la lista de quienes pueden depositar su oferta. Esta primera fase del procedimiento corresponde a la licitación privada del derecho francés y tan sólo se diferencia de la antigua licitación privada del Decreto-Ley 222 de 1983 en que ésta invitaba a contratar a un número determinado de posibles contratistas[134].

En segundo lugar, el artículo 10 del Decreto establece en el contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia la inclusión de los "factores de escogencia de la oferta y *la ponderación matemática precisa, concreta y detallada* de los mismos", así como los "criterios de desempate" entre los oferentes. Los factores de calificación no son entonces generales para establecer parámetros de negociación con los candidatos, según la concepción francesa del procedimiento, sino específicos y lo más definidos posible, de tal suerte que la entidad restrinja de ante mano al máximo su margen de maniobra al momento de seleccionar su contratista. No obstante, después de la suspensión provisional de los artículos 4.º y 5.º del Decreto 2170 de 2002, decretada por el Consejo de Estado (supra n.os 120 y 130), caben fuertes dudas sobre la legalidad de esta reglamentatión, por cuanto la voluntad del legislador parece conservar cierto grado de autonomía de la entidad contratante, en la medida en que el artículo 29 de la Ley 80 tan sólo exige la justificación de la selección del contratista (supra n.º 376).

Bajo estas condiciones, e independientemente de la bondad o inconveniencia de imponer reglas estrictas a la contratación directa, lo cierto es que resulta difícil determinar cuál es la diferencia de fondo con los procedimientos de licitación o concursos públicos.

En fin, aunque el Decreto prevé un margen de negociación, al instaurar en su artículo 12 el sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudi-

---

134 Decreto-Ley 222 de 1983, Artículo 28. "De las clases de licitación. La licitación puede ser pública o privada, según que la invitación a contratar se haga públicamente a un número indeterminado de personas; siempre que reúnan los requisitos que señalen la ley y los reglamentos, o en forma directa a los posibles contratistas".

cación, hemos visto que la licitación o concurso públicos también lo admiten, como una medida de aligeramiento del automatismo, por el que propenden en principio las normas sobre selección de contratistas.

380-384. Por otro lado, el Decreto 2170 también se preocupó de restringir la libertad de la administración en ciertos contratos frente a los que la Ley 80 había otorgado amplia autonomía. Es el caso de los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales (art. 14), que dieron lugar a muchas investigaciones penales y disciplinarias por corrupción, o la definición de reglas para la celebración de contratos con organismos de cooperación, asistencia o ayuda intenacional, que como vimos escapan al régimen de la Ley 80, y por ello cabe un interrogante sobre la legalidad de su reglamentación. En efecto, el artículo 15 del Decreto impone la realización previa de un concurso, en el que son relevantes la experiencia de los candidatos, así como la inclusión de indicadores que permitan hacer una medición de la gestión financiera operativa y de eficacia en la ejecución del contrato, un informe auditado, rendido por el organismo contratista al final de su ejecución, y la liquidación final del contrato. Estas restricciones irían contra la voluntad del legislador quien previó en el artículo 13 de la Ley 80 el sometimiento general de estos contratos a los reglamentos de los organismos internacionales. Pero en realidad el artículo 13 tan sólo instaura la posibilidad de hacerlo, con lo cual el reglamento no desbordaría su espiritu al exigir ciertos requisitos, por completo elementales y razonables para lograr un control mínimo de la ejecución de estos contratos.

Por su parte, el artículo 16 del Decreto delimita las reglas que han de respetar las entidades estatales en el caso de la contratación directa luego de la declaratoria de licitación o concursos desiertos.

385. La reglamentación inicial parece haber otorgado a las entidades estatales un espacio de libertad y flexibilidad en la definición de sus procedimientos de selección de contratistas. Aunque el principio de la selección objetiva se impone en todas los procedimientos de selección, y aunque la administración está obligada a definir las reglas claras sobre la concreción de sus necesidades y la participación de candidatos, el margen de maniobra dejado por los textos es significativo. La ley se limita a fijar las reglas generales sin imponer a las entidades contratantes pliegos o criterios de selección. Sin embargo, la administración no parece explotar esta autonomía, con las responsabilidades que ello conlleva. Los pliegos son el reflejo de los modelos tradicionales que no expresan inventiva y adaptación a las necesidades de cada institución. Por otro lado, la esencia de libertad de la contratación directa es restringida por la adopción de procedimientos que la limitan.

Estas contradicciones se suman a las tendencias heterogéneas frente a la simplificación de la contratación. Los esfuerzos desarrollados para hacer de los servidores públicos verdaderos *gerentes públicos*, gracias a la simplificación de la competencia, se ven reducidos por la práctica y los reglamentos restrictivos fruto de la desconfianza frente a los mismos servidores públicos.

386. Las restricciones del derecho positivo son la expresión general de la desconfianza frente al administrador público. La libertad contractual se ve restringida por los reglamentos que imponen racionalidad administrativa previamente definida. El peso de las reglas presupuestales y la autorrestricción de la competencia a través de la reglamentación de los procedimientos de selección de contratistas reflejan una voluntad de restringir toda liberalidad. Más que contrapeso de la libertad, la reglamentación tiende hacia su anulación.

Tal vez se trata de una contradicción más fundamental, esto es, de la incompatibilidad entre una nueva gestión pública dinámica y flexible y el funcionamiento tradicional de la administración fuertemente reglamentado. En últimas, la esencia del reglamento, como norma general que prescribe el comportamiento de los servidores públicos, se adapta mal a las exigencias de flexibilidad y de creaciones originales, de imprevisibilidad, movilidad, adaptación y rapidez inherentes a la libertad.

CAPÍTULO SEGUNDO

Prerrogativas de poder público y servicio público

387. El peso del derecho administrativo en el contrato estatal está determinado en buena parte por el lugar que en él ocupan las prerrogativas de poder público de la administración contratante, prerrogativas que definen el equilibrio particular del contrato. Según los términos de la exposición de motivos del proyecto de la Ley 80, estas prerrogativas constituyen el contrapeso de la autonomía de la voluntad[1]. Cabe entonces preguntarse cuál es su naturaleza, su papel en el contrato y, sobre todo, cómo explicarlas en un régimen jurídico mixto que mezcla el derecho privado y el derecho público.

En principio, podría pensarse que la existencia misma de prerrogativas de poder público hace ilusoria la verdadera presencia del derecho privado en el contrato estatal. Pero la lógica de la Ley 80 rechaza el dualismo entre los extremos: derecho administrativo-derecho privado, y nos propone un sistema de dosificación de las prerrogativas de la administración contratante. Si bien es cierto todo contrato estatal reconoce a la entidad contratante una base mínima de prerrogativas sobre su contratista, ciertos contratos admiten mayores prerrogativas, a través de las cláusulas excepcionales o exorbitantes, y otros, incluso, las imponen (art. 14). Además, las prerrogativas no son la expresión del poder arbitrario de la administración sino del desarrollo de misiones o funciones de interés general. Bajo esta concepción, la Ley 80 busca establecer una gradación en el ejercicio de las prerrogativas de poder público según la relación más o menos estrecha entre cada contrato y el interés general, más precisamente entre el objeto contractual y el servicio público.

El servicio público constituye el fundamento de las prerrogativas de la entidad estatal contratante. Esta afirmación general, un tanto verdad de Perogrullo, despierta sin embargo varios interrogantes sobre la naturaleza de estas prerrogativas. Si los poderes se apoyan en las misiones de servicio público encomendadas a las entidades estatales, ¿podemos considerar que se trata de poderes extracontractuales, en la medida en que son la expresión de funciones administrativas que sobrepasan el ámbito contractual? O, por el contrario, ¿hemos de considerar que la administración desarrolla una misión concreta de servicio público a través del contrato y gracias a él, y por ello los poderes deben considerarse dentro del ámbito contractual? Por otra parte, si el servicio público está en la base de las prerrogativas de la administración, ¿existe una relación directa entre éste y las cláusulas excepcionales o exorbitantes? En otros términos, ¿las cláusulas excepcionales se justifican por el servicio público? ¿Cuál es en últi-

---

1 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en Betancur Cuartas. Ob. cit., p. 100.

mas su particularidad? Por qué se consideran excepcionales y frente a cuáles otras?

Como veremos a lo largo de este capítulo y en la dinámica jurisprudencial del capítulo siguiente, la respuesta a estas preguntas marca toda una concepción de las prerrogativas de la administración contratante, de su ejercicio, sus límites y del control jurisdiccional. Aquí, como en otros temas, el análisis comparativo nos brinda importantes herramientas de comprensión del problema. El estudio de la *esencia de las prerrogativas de poder* público *en el contrato administrativo francés* (I) nos permitirá comprender las diferencias fundamentales frente a la concepción de la Ley 80. Aunque nuestro contrato estatal legitima las prerrogativas de la administración en el servicio público, éstas no son poderes extracontractuales como en el derecho francés. Bajo la noción de la Ley 80 el servicio público no tiene un significado concreto sino en el contrato, a través del cual ejerce una función de verdadero *catalizador de las prerrogativas de poder* público (II).

I. ESENCIA DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO FRANCÉS

388. Las prerrogativas de poder público sintetizan las particularidades del contrato administrativo con relación al contrato de derecho privado de la administración. Resulta entonces fundamental saber claramente cuál es su esencia particular que las hace distintas a los poderes de los particulares en sus contratos. En últimas este interrogante nos vuelca sobre los criterios de identificación del contrato administrativo. *La incertidumbre que revela el derecho francés sobre estos criterios* (A) nos permitirá apreciar el *fundamento extracontractual de las prerrogativas de poder público en este sistema jurídico* (B).

A. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

389. Podría pensarse que el carácter específico del contrato administrativo debe brindar claros criterios de su identificación frente al contrato de derecho privado. Pero la jurisprudencia, fuente esencial del derecho administrativo francés, no brinda gran fiabilidad sobre la base de la *cláusula exorbitante* (1), ni sobre el *servicio público* (2). Nos parece sin embargo que estos dos criterios tradicionales de identificación del contrato administrativo *son interdependientes y que no pueden comprenderse de manera aislada* (3), por cuanto en el fondo constituyen manifestaciones distintas del régimen de exorbitancia.

1. LA CLÁUSULA EXORBITANTE

390. La identificación de la cláusula exorbitante lleva al delicado problema de su definición. Las fórmulas jurisprudenciales varían entre la *cláusula exorbitante del derecho común*, la *cláusula derogatoria del derecho común*, o aquella que atribuye a la entidad pública *prerrogativas exorbitantes del derecho común*[2]. Calificada con frecuencia de noción poco satisfactoria[3], la cláusula exorbitante es objeto de una jurisprudencia difícil de interpretar. Aunque una sola cláusula exorbitante es suficiente para calificar un contrato como administrativo, con frecuencia el juez recurre a una *gama de indicios*, lo que no permite aislar las características individuales que otorgan a una cláusula el carácter exorbitante.

Sin embargo, podemos avanzar señalando que las definiciones resaltan, bien que indistintamente, prerrogativas y obligaciones de la administración frente a su contratista sobre la idea de poderes y sujeciones que no existen en las relaciones contractuales entre particulares, que se suponen establecidas sobre el plano de la igualdad jurídica. Pero resulta necesario definir el sentido particular de la cláusula exorbitante frente a las que se encuentran en los contratos entre particulares. De manera general se responde a este interrogante con tres posibilidades. La cláusula exorbitante es imposible en derecho privado, o bien posible pero ilícita, o simplemente inhabitual. Después de analizar las *dificultades de identificación de estos tres tipos* (a) podremos explicar por qué *el criterio de la cláusula exorbitante es incierto* (b).

a. TIPOS DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

391. *La cláusula imposible es rara*. El primer grupo de cláusuas exorbitantes comprende aquellas que serían típicamente públicas porque son exclusivas del derecho administrativo. Según la noción del comisario de Gobierno León Blum, ella genera un contrato que sólo una entidad pública puede celebrar. El Consejo de Estado la define como "la cláusula que tiene por objeto conferir a las partes derechos o imponerles obligaciones ajenas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales"[4]. Ejemplos de este tipo son aquellas que re-

---

2 G. Vedel. "Remarques sur la notion de clause exorbitante", en *Mélanges Archille Mestre*, París, Sirey, 1956, p. 454.

3 J. Lamarque. *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, LGDJ, París, 1960, p. 83

4 CEF. 20 de octubre de 1950, *Stein*, Rec. 505.

conocen prerrogativas a la administración frente a su contratista que no se encuentran en el campo privado, como la posibilidad de actuar de oficio para solucionar los litigios[5]. Pero es posible también que la cláusula no establezca poderes en favor de la administración sino en favor del contratista, así como ciertas garantías especiales. Tal es el caso de una exoneración de impuestos en favor de un contratista que explotaba un circo-teatro municipal, su participación en el financiamiento de ciertas tareas de policía administrativa[6], o el derecho de ocupación temporal.

Este es un criterio simple y seguro de identificación de la cláusula exorbitante. En el fondo, no se basa sobre las prerrogativas y poderes de la administración frente a su contratista, sino sobre la especificidad de la administración misma, que no existe en el caso de los particulares. El término *exorbitante* adquiere aquí la acepción jurídica de *especial* o *ajeno* a las relaciones entre los particulares. En este sentido, las cláusulas serían *ajenas* a las relaciones privadas, como las relaciones de familia son *ajenas* a la administración pública.

La calificación del contrato administrativo fundada sobre este tipo de cláusulas es excepcional en Francia, y como no constituye un criterio excluyente de los otros no nos ayuda mucho a esclarecer el problema. LAMARQUE defendió la identificación de la cláusula exorbitante con la cláusula imposible[7], pero ni la mayoría de la doctrina ni la jurisprudencia lo siguieron. Por consiguiente, este tipo de cláusulas exorbitantes constituye tan sólo un ejemplo entre otros.

392. *La cláusula ilícita lo es también en derecho privado.* El segundo grupo de cláusulas está formado por aquellas que en un contratro privado serían consideradas ilícitas. No se trata entonces de prerrogativas o deberes pertenecientes de manera exclusiva a las entidades públicas, sino de cláusulas atentatorias del orden público o de las buenas costumbres, cláusulas que sobrepasan el límite de lo que las partes pueden disponer en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, límite que concierne a diferentes campos, tales como la noción de orden público y la igualdad de las partes contratantes.

Bajo estas premisas, se impone definir la frontera entre lo que es lícito y lo que no lo es, de definir el límite de la autonomía de la voluntad de los particulares, campo en el que la jurisprudencia reconoce amplia libertad, de tal suerte que es difícil identificar las cláusulas que serían declaradas ilícitas. La jurisprudencia

---

5 CEF. 16 de abril de 1969, SNCF, Rec. 194.

6 TC, 2 de julio de 1962, *Cons. Cazautets*, p. 823, RDP,1962, y CEF, 19 de febrero de 1988, *Sarl Pore Gestion, p. 77, D. 1988*, respectivamente. Ejemplos citados por R. CHAPUS. *Droit administratif général*, 6.ª ed., París, Montchrestien, 1992, t. I, p. 412.

7 LAMARQUE. Ob. cit., p. 106

no considera ilícitas las cláusulas que establecen una desigualdad jurídica de las partes[8]. Un primer ejemplo de ello lo encontramos paradójicamente en la sentencia que dio origen a la consagración del criterio de la cláusula exorbitante[9]. Una contratista de la ciudad de Lille pretendía obtener la restitución de 3.436 francos que ésta había descontado del precio del contrato de suministro de *pavés* para una obra. El Consejo de Estado consideró que el contrato no era administrativo por cuanto "tenía como único objeto el suministro de bienes que debían ser librados según las reglas y condiciones de los contratos entre particulares". Y sin embargo, el municipio contratante pudo ejercer, con sustento en las cláusulas contractuales, dos poderes considerados reiteradamente como *ejemplos tipo* de cláusulas exorbitantes: la imposición unilateral de una multa sin intervención del juez, y la retención de su monto como fórmula de ejecución de la penalidad.

Otra cláusula considerada como exorbitante es la terminación unilateral del contrato, pero ello no la hace ilícita en los contratos entre particulares, como lo han confirmado los tres altos tribunales franceses. El Consejo de Estado considera que la terminación unilateral de pleno derecho en caso de incumplimiento del contratista de uno de los plazos fijados en el contrato "no es ni potestativa ni discrecional. De conformidad con las previsiones de los artículos 1183 y 1184 del Codigo Civil [...] esta cláusula no contiene finalmente ningún carácter exorbitante del derecho común de los contratos"[10]. Este criterio es compartido por la Corte de Casación para quien "la cláusula de un contrato que confiere a una persona pública el derecho de rescindir un contrato de pleno derecho en caso de incumplimiento del contratista, de una de sus obligaciones, aun sin constituirlo en mora, no es exorbitante del derecho común"[11]. Así mismo, el Tribunal de Conflictos considera que "las cláusulas que autorizan la resciliación unilateral de los contratos no son, en sí y de manera general, consideradas como ajenas al derecho privado"[12].

Finalmente, como afirma el maestro VEDEL, "las cláusulas que uno podría imaginar, además de las que la práctica ofrece ejemplos, no serían menos nulas en un contrato administrativo que en uno privado, bien sea porque derogarían

---

8 *Traité*, t. I, p. 223; R. CHAPUS. *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, París, 1957, p. 126; VEDEL. "Remarques", p. 546; RICHER. *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 91; LAMARQUE, *Recherches*, cit., p. 86

9 CEF. 31 de julio de 1912, *Sté des Granits Porphyroïdes des vosges*, Rec. 909, concl. Blum, GAJA, ob. cit., p. 144.

10 Concl. Baudouin sous CEF, 6 de noviembre de 1970, *Société anonyme touristique du Lautaret*, AJDA, 1971, p. 105.

11 Civ. 1, 24 de marzo de 1987, Bull. n.º 110.

12 TC, 28 de marzo de 1955, EDF, c-Dép. Des Basses-Pyrénées, Rec. 615.

las reglas imperativas del derecho administrativo o porque constituirían una afrenta a la libertad de la persona humana, principio común tanto en derecho privado como en derecho público"[13].

393. *La cláusula inhabitual: condición suficiente.* A falta de otras explicaciones, la doctrina se limita a constatar que la mayoría de cláusulas consideradas *exorbitantes* no son ni imposibles ni ilícitas sino simplemente inhabituales, raras o poco utilizadas en derecho privado[14]. Por lo tanto es suficiente constatar que una cláusula es inhabitual en derecho privado para darle el carácter de exorbitante. Como los diferentes criterios de identificación expuestos no se excluyen entre sí, ni son acumulativos, basta con la confirmación del carácter inhabitual de la cláusula, de tal suerte que es sobre esta condición sobre la que ha de concentrarse la atención para poder determinar la esencia de la cláusula exorbitante.

b. CARÁCTER INCIERTO DE LA NOCIÓN

394. *Dos soluciones poco satisfactorias.* Para identificar la cláusula *inhabitual* es necesario determinar qué se entiende por inhabitual. La respuesta es vaga y jamás ha sido explicada con claridad. Como anota VEDEL, "ello plantea otra pregunta: ¿cómo discierne el juez administrativo, que no juzga nunca los contratos entre personas privadas, lo que es usual de lo que lo que es inhabitual? Se dirá que él posee sobre este aspecto al menos la información (*les lumières*) de todo hombre honesto medianamente al corriente de los negocios, y ello bastará"[15], o bien que es necesario ubicarse en lo que objetivamente es normal en los contratos de derecho privado[16]. Sin embargo, las dos posibilidades nos parecen poco satisfactorias.

395. *El honesto hombre: un criterio irreal.* En 1956, cuando VEDEL escribía el artículo citado, tal vez podría pensarse que un *honesto hombre* no comerciante podía estar al corriente de la vida de los negocios, pero desde entonces esta área del derecho ha tenido un dinamismo y una evolución impresionantes, de tal suerte que un *honesto hombre bien informado* tendría mucho que hacer para seguir la actualidad jurídica. Lo que es usual o no depende de una noción particular de los derechos público y privado implica fijar con claridad las fronteras entre estas dos ramas del derecho, lo cual no es sencillo y depende de la época

---

13 VEDEL. "Remarques", cit., p. 550.

14 G. PÉQUIGNOT. *Théorie générale du contrat administratif*, París, Pédone, 1945, pp. 147 y 148; VEDEL. Ob. cit., p. 550; RICHER. *Droit des contrats*, cit., p. 83, *Traité*, t. I, p. 224.

15 VEDEL. Ob. cit., p. 553.

16 Ídem.

seleccionada, por cuanto la evolución jurídica otorga a la frontera una gran movilidad. La determinación de la *normalidad* está así dada por los análisis del derecho positivo y de la jurisprudencia en un periodo determinado, lo que conlleva gran incertidumbre del criterio. El Consejo de Estado consideró por mucho tiempo, por ejemplo, que las referencias a un pliego de condiciones contenidas en un contrato hacían de éste un contrato administrativo. Pero hoy en día un contrato que hace reenvío a los pliegos de condiciones tan sólo es calificado como administrativo si el pliego mismo contiene condiciones exorbitantes de ejecución del contrato[17].

Además, hay que tener en cuenta que los ajustes conceptuales de la jurisprudencia administrativa sobre las nociones del derecho privado toman tiempo y el conjunto de la doctrina no reconoce de manera homogénea el estado preciso de las evoluciones en las otras ramas del derecho. Así, son consideradas en general exorbitantes, e incluso *típicamente exorbitantes*, las cláusulas de intervención en los negocios del contratista, o los poderes de control, dirección y vigilancia sobre la ejecución del contrato, o bien las que consagran derechos de exclusividad o reserva de uso de los bienes afectados al contrato, así como poderes disciplinarios sobre los empleados del contratista. Y sin embargo, el derecho privado conoce y aplica ampliamente todos estos ejemplos. El mundo comercial igualitario imaginado por los publicistas no corresponde con la realidad de los negocios en los que el peso de las grandes compañías multinacionales impone condiciones coercitivas a sus *contratistas* y no sólo a los consumidores de sus productos. La frecuente dependencia económica de una de las partes y la subordinación de hecho y de derecho impiden afirmar el carácter *inhabitual* de muchas de las cláusulas calificadas de exorbitantes[18].

396. *La cláusula anormal: criterio arbitrario.* VEDEL justifica su alternativa de identificación de la cláusula inhabitual en los siguientes términos:

> … el juez administrativo razona en esta materia sobre la base de partes contratantes de poder y *dimensiones* iguales. Poco importa que ciertas grandes sociedades logren que sus contratistas acepten cláusulas calcadas de los pliegos de condiciones de la administración. Este hecho no corresponde con lo que es *normal en las relaciones privadas*. La cláusula exorbitante se aprecia tal vez, más que frente a las relaciones de hecho fruto de la práctica de los negocios, frente a *cierto modelo ideal de las relaciones privadas marcadas*

---

17 CEF, sct. 17 de noviembre de 1967, *Roudier de la Britlle,* Rec. 428, y CEF, 2 de octubre de 1981, *Commune de Borce*, Rec. 654, respectivamente. RICHER. *Droit des contrats*, p. 91. TCF, 5 de julio de 1999, *Commune de Sauve c-Sté Gestetner et UGAP c-Sté SNC ACTIV CSA*, Concl. Rémy Schwartz, BJDCP, 1999, pp. 526 y ss.

18 J. GHESTIN. *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3.ª ed., París, LGDJ, 1993, p. 52.

> *por la igualdad de los contratantes, el equilibrio de las ventajas y de los intercambios derivados del contrato, la libre discusión de las cláusulas, etc. En el fondo, más que a la práctica comercial, es al derecho civil al que se refieren el Tribunal de Conflictos o el juez administrativo para determinar el criterio de normalidad sobre el que se basa su calificación del carácter exorbitante de una determinada cláusula*"[19] (cursiva fuera de texto).

Resulta difícil compartir esta explicación. Más radical que la teoría del *honesto hombre* al corriente de los negocios, ella propone sencillamente ignorar la evolución del derecho privado y conformarse con una concepción irreal de *cierto modelo de las relaciones privadas*. Si el contrato administrativo debe alejarse del derecho privado debido a la existencia de cláusulas especiales, es necesario que éstas sean *concretamente* distintas de las que se incluyen en los contratos entre particulares, lo que nos obliga a comparar de manera específica los contratos similares en uno y otro sistema jurídico. Pero este ejercicio nos lleva a concluir que en los contratos modernos entre personas privadas, como la concesión comercial, los contratos de suministro y asistencia, de franquicia, de *leasing*, de distribución, de exclusividad, etc., las características del modelo ideal expuestas por VEDEL (igualdad entre las partes, equilibrio de ventajas y cargas contractuales, libre discusión de cláusulas) brillan por su ausencia.

En estos términos, el derecho francés no nos ofrece medios fiables para identificar las cláusulas exorbitantes. Esta constatación es importante para nuestro derecho administrativo por cuanto con frecuencia se parte de la evidencia de la naturaleza jurídica de las cláusulas exorbitantes, sobre la base de la tradición del derecho administrativo francés. En realidad, la particularidad de estas cláusulas es extrínseca a ellas. Lo que las hace especiales con relación a las cláusulas entre los particulares es su finalidad específica. Ya volveremos sobre este punto.

2. EL SERVICIO PÚBLICO

397. *La clave del criterio.* Aunque la sentencia THÉROND de 1910 afirmaba que la *finalidad de servicio* público de un contrato permite calificarlo como administrativo[20], la jurisprudencia restringió rápidamente este segundo criterio de identificación. El mismo año el Tribunal de Conflictos consideró que un contrato a través del cual la administración ponía a disposición de otra entidad pública un inmueble era un contrato de derecho privado aun cuando el objetivo del conve-

---

19 VEDEL. "Remarques", cit., pp. 552 y 553.

20 CEF, 4 de marzo de 1910, THÉROND, S. 1911.3.17, concl. Pichat, nota HAURIEU; RDP, 1910, 249, nota JÈZE.

nio era el funcionamiento de un servicio público[21]. Desde entonces quedó definida la dificultad fundamental del criterio: la calificación de la relación necesaria entre el objeto del contrato y el servicio público.

Procederemos entonces a describir los distintos *tipos posibles de vínculo entre el contrato y el servicio público* (a), aunque después tengamos que constatar *la incertidumbre de las soluciones jurisprudenciales* (b).

a. LOS DISTINTOS TIPOS POSIBLES DE VÍNCULO CON EL SERVICIO PÚBLICO

398. *Entre la finalidad de servicio y la ejecución misma del servicio.* La finalidad de servicio público afirmada en la sentencia THÉROND era demasiado amplia. Con ella prácticamente todos los contratos podían ser calificados como administrativos, tanto más si se tiene en cuenta el ensanchamiento de los servicios públicos y la legitimación de la gestión administrativa cada vez más apoyada en ellos. Pero la concepción restringida según la cual el criterio tan sólo debe aplicarse a los contratos que tienen por objeto *encomendar al contratista la ejecución misma del servicio* público es considerada también excesiva por la jurisprudencia. El criterio del servicio público navega entonces entre estos dos extremos, y de ahí su dificultad. La doctrina ha establecido tres tipos distintos de vínculo considerados suficientemente estrechos con el servicio público para poder calificar el contrato de administrativo[22].

399. *El contrato que confía al contratista la ejecución del servicio público.* Es la forma más simple y directa de la relación entre el objeto contractual y el servicio. La administración confía al contratista la tarea de hacer funcionar el servicio público. El Consejo de Estado consideró que la administración asociaba al contratista a la ejecución misma del servicio a través de un contrato que tenía por objeto asegurar la alimentación de los expatriados soviéticos albergados en un municipio en el otoño de 1944, mientras esperaban su repatriación. Este vínculo estrecho con el servicio permitía calificar el contrato de administrativo aunque no constara por escrito ni incluyera ninguna cláusula exorbitante[23]. Aunque esta sentencia es considerada como la sentencia de principio del criterio de servicio público, podemos señalar otras precedentes que muestran bien la manera como el Consejo de Estado establece el vínculo necesario. Se trata de

---

21 TC, 4 de junio de 1910, *Cie d'assurances "Le Soleil "*, p. 446, concl. Feuilloley; RDP, 1920, 474, nota JÈZE.

22 *Traité*, t. I, p. 197, y RICHER. *Droit des contrats*, cit., p. 95.

23 CE, sect. 20 de abril de 1956, *Époux Bertin*, Rec. 167 y 168, GAJA, París, Sirey, 1990, 9.ª ed., p. 536.

la calificación de los contratos entre el Estado y los transportadores marítimos concluidos inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial. Si el "armador se limitaba a rentar su navío *sin participar él mismo a la explotación del servicio público*, el contrato era considerado de alquiler de servicios del derecho privado (salvo, claro está, que tuviese cláusulas exorbitantes). Si, por el contrario, el armador se encargaba él mismo de efectuar con su navío y su tripulación el transporte por cuenta del Estado, participaba así de la ejecución del servicio público y el contrato era considerado administrativo"[24].

Hoy en día, el campo reforzado de la concesión concreta esta primera forma directa de relación con el servicio por el hecho de la tarea encomendada al concesionario. La calificación administrativa del contrato resulta evidente para la jurisprudencia. "No podemos dejar que la administración confíe a un simple particular la ejecución de una misión de servicio público y despojarla al mismo tiempo de sus derechos y prerrogativas asegurados por el régimen de derecho público", afirmaba el comisario de Gobierno en la sentencia esposos BERTIN, citada.

400. *La participación en el funcionamiento del servicio.* En esta segunda manifestación del criterio del servicio público el vínculo entre éste y el objeto contractual es menos fuerte. La administración no confía a su contratista la ejecución misma del servicio pero lo *asocia* de manera íntima a su funcionamiento, de tal suerte que el vínculo es *directo* y *estrecho*. El objeto del contrato debe tener una relación directa con el servicio público, lo que diferencia el criterio de la simple *finalidad de servicio* público de la sentencia THÉROND bajo la cual es suficiente un vínculo mediato. Además, esta relación debe ser lo suficientemente *fuerte* o *estrecha* para poder deducir una verdadera *asociación* del contratista en torno al servicio y no una simple *colaboración*.

Con todo, ya veremos cómo la identificación concreta de estas dos nociones constituye la dificultad mayor de esta variante del criterio de servicio público[25]. Así mismo, veremos cómo el problema es de plena actualidad en nuestra jurisprudencia[26].

401. *El contrato que tiene por objeto mismo la ejecución del servicio público.* En esta tercera modalidad el vínculo con el servicio se establece de manera particular. El contrato no pone al contratista en contacto con el servicio público a través de prestaciones que hacen parte del funcionamiento del servicio (primera modalidad de vínculo) o que lo asocian al mismo (segunda modalidad). El servicio

---

24 *Traité*, T. I, p. 152, TC, *Manon*, cit.; CEF, 7 de marzo de 1923, *Hellenic transport*, RDP, 1923, p. 433.
25 Infra, n.º 403.
26 Infra, n.os 493 y ss.

público es ejecutado a través del contrato. En otros términos, el contrato mismo constituye una *modalidad de ejecución del servicio*, es un instrumento indispensable para su realización, de tal suerte que sin contrato no puede existir el servicio. El Consejo de Estado utilizó este criterio para calificar de administrativo un contrato por el cual un municipio realizó una operación de reubicación industrial considerada de utilidad para el desarrollo local. La empresa contratista se comprometía a reinstalar su infraestructura de producción en el territorio del municipio contratante y emplear por lo menos 100 obreros. Por su parte, el municipio debía venderle los terrenos e inmuebles y le ofrecía ciertas ventajas fiscales. El Consejo de Estado consideró que la ejecución del objeto contractual aseguraba la *ejecución misma de una misión de servicio* público[27].

b. OBSTÁCULOS DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE SERVICIO PÚBLICO

402. *Pluralidad de jurisdicciones.* Al constituir un factor fundamental de la competencia judicial o administrativa, los casos litigiosos no son juzgados de manera exclusiva por esta última jurisdicción. La Corte de Casación puede considerar que un contrato no es administrativo y en caso de conflicto de competencias jurisdiccionales el Tribunal de Conflictos interviene. El problema es que los tres altos tribunales no tienen la misma concepción sobre el vínculo suficientemente estrecho y directo entre el contrato y el servicio público. A decir verdad, incluso el Consejo de Estado nos brinda una jurisprudencia heterogénea.

403. *El vínculo directo y estrecho es incierto.* Es la dificultad mayor, como lo habíamos anunciado. Aunque los contratos *referidos a la ejecución del servicio* deben diferenciarse categóricamente de los *celebrados tan sólo para las necesidades del servicio*[28] –para reconocer tan sólo a los primeros un vínculo suficientemente directo y estrecho que permita la calificación del contrato administrativo– las definiciones jurisprudenciales son vagas. Así, pertenecen a la primera categoría los contratos que establecen una *relación privilegiada* con el servicio, o bien *suficientemente precisa y estrecha* o *suficientemente fuerte*. Por el contrario, son considerados como simple colaboración con el servicio, y por lo tanto de derecho privado, los contratos que establecen un *vínculo vago*, *incierto* o *insuficientemente fuerte*.

---

27 CEF, 26 de junio de 1974, *Société La Maison des Isolants de France,* p. 365, RDP, 1974. 1486, nota J. M. AUBY.

28 CHAPUS. *Droit administratif général*, cit., p. 418.

Algunos ejemplos nos permiten apreciar la dificultad de la aplicación del criterio. Como hemos visto, la jurisprudencia considera que ni el contrato de arrendamiento de inmuebles o muebles ni el de suministro constituyen *en sí mismos* vínculos suficientemente estrechos y directos con el servicio, pese a que su finalidad sea este último. Sin embargo, el Consejo de Estado consideró que el contratista participaba de la ejecución del servicio público en un contrato en el que una asociación había puesto a disposición de un municipio una piscina y diversos equipos[29], o el contrato que acordó una ayuda financiera a una empresa para la adquisición de equipos antipolución[30]. De igual manera consideró que un contrato de alquiler de televisiones a los enfermos de un hospital hacía participar al contratista "en la ejecución del servicio hopitalario"[31]. Por el contrario, el Tribunal de Conflictos juzgó que el contrato de alquiler de televisores celebrado por un centro penitenciario no hacía participar al contratista en un servicio público[32]. La Corte de Casación calificó como administrativo un contrato a través del cual un municipio puso a disposición de una asociación un inmueble para que ésta pudiera ejercer su objeto de ayuda a los jovenes y a la cultura, y el Tribunal de Conflictos consideró igualmente que un contrato para la realización de emisiones de televisión escolar confiaba al contratista la ejecución misma del servicio[33].

3. INTERDEPENDENCIA DE LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

404. *Los criterios puros son raros.* Dejando de lado los contratos que tienen por objeto la ejecución misma del servicio público y aquellos que contienen cláusulas verdaderamente imposibles en derecho privado, la aplicación de cada uno de los dos grandes criterios de identificación de los contratos administrativos es excepcional. Los contratos que *asocian* el contratista al servicio público sin confiarle su ejecución son calificados como administrativos gracias a sus cláusulas, más que por el vínculo intrínseco del tipo contractual con el servicio público. La jurisprudencia analiza con frecuencia "las condiciones diferentes de aquellas que permiten el funcionamiento de las intituciones privadas similares"[34].

---

29 CEF, 12 de junio de 1974, *Association d'entraide familiale de l'Aquitane*, p. 336.
30 CEF, 16 de diciembre de 1992, *S. A. International décor,* Rec. t. 1101.
31 CEF, 8 junio de 1994, *Société Codiam,* Rec. 294.
32 TCF, 23 de noviembre de 1998, *M. Bergasc-Etat*, BJCP, 1999, p. 382
33 TC, 6 de enero de 1975, OFRATEM, p. 791, JCP, 1976, II, 18283, nota F. MODERNE.
34 *Traité*, t. I, p. 195.

Con frecuencia son las condiciones particulares del contrato las que permiten *vincular* su objeto al servicio público para poderlo calificar de administrativo. Ello explica la posición de la jurisprudencia que otorga el carácter administrativo a contratos que en principio tan sólo brindan bienes o servicios *útiles* para el servicio público. El contrato de arrendamiento puede así ser considerado administrativo o privado, según las cláusulas contractuales. Citamos antes una sentencia del Tribunal de Conflictos que consideró civil un contrato por el que una administración puso a disposición de otra un immueble pese a que éste último estaba destinado al servicio público[35]. Por el contrario, vimos también que las condiciones del arriendo de una piscina a un municipio permiten su calificación de administrativo.

405. *Cláusulas exorbitantes y servicio público.* La interdependencia de los criterios está presente implícitamente en muchas decisiones. León Blum, comisario de gobierno en la sentencia de *Granits de Vosges*, como vimos fundadora del criterio de la cláusula exorbitante, se preguntaba sobre la naturaleza del contrato de suministro de *pavés* al municipio de Lille. Pese a que finalmente el Consejo de Estado se concentró sobre *las reglas y condiciones* según las cuales se realizó el suministro, podemos preguntarnos si las prestaciones específicas pueden ser analizadas con independencia del objeto del contrato, si su naturaleza puede aislarse de sus cláusulas. Objeto, condiciones, prestaciones y cláusulas son en realidad elementos contractuales que pese a sus diferencias están íntimamente ligados entre sí.

En la sentencia Thérond sobre la finalidad de servicio público, el comisario de Gobierno Pichat resaltaba que el alquiler de servicios de los artículos 1710, 1779 y 1780 del Código Civil se convertía en contrato administrativo cuando tenía "por objeto la ejecución de un servicio público y el carácter de una concesión". Por su parte, la sentencia se basó en las *condiciones del contrato* que le permitieron concluir que el recoger los animales muertos en las calles de una ciudad y trasladarlos a un depósito hacen que el contratista "actúe en beneficio de la higiene y la seguridad de la población y por lo tanto tenga por fin asegurar un servicio público"[36].

Esta realidad, ¿daría razón a quienes han defendido la primacía del criterio de la cláusula exorbitante?[37]. O más bien, ¿hay que considerar la participación en la gestión del servicio público como una cláusula exorbitante en sí misma?[38].

---

35 TC, 4 de junio de 1910, *Cie d'assurances "Le Soleil"*, p. 446, conclusión Feuilloley; RDP, 1920, 474, nota Jèze.

36 CEF, 4 de marzo de 1910, Thérond, S. 1911.3.17, concl. Pichat.

37 Chapus. *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., pp. 109 y ss.

En realidad, el vínculo entre la cláusula exorbitante y el servicio público es muy estrecho. La esencia de estas cláusulas está impregnada por la idea de prerrogativa-deber de poder público[39], que a su vez se traduce por la finalidad especial de servicio público[40].

B. FUNDAMENTO EXTRACONTRACTUAL DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO

406. *El servicio público: un valor extracontractual.* La explicación de las prerrogativas de la administración contratante no debe buscarse, en derecho francés, en el contrato mismo. *El principio general de la modificación del contrato administrativo* (1) permite concluir que el conjunto de las prerrogativas se apoya sobre un valor extracontractual: *el servicio* público (2).

1. MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: UN PRINCIPIO GENERAL EN EL DERECHO FRANCÉS

407. *El principio.* En los años 50 una polémica doctrinal permitió sentar las bases de una de las diferencias fundamentales entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado. La discusión se centró en el poder de modificación y resciliación unilateral del contrato administrativo: si la administración contratante goza de un *poder general* que le permite modificar e incluso rescindir unilateralmente un contrato, el principio de la fuerza obligatoria del contrato, pilar fundamental de la teoría general del contrato civil, se ve negado y el contrato administrativo contiene una especificidad que lo aleja esencialmente de su homólogo del derecho privado.

GASTÓN JÈZE enunció el principio al afirmar que "la administración tiene el poder de aumentar o reducir, durante la ejecución del contrato, la extensión de las prestaciones que debe efectuar el contratista". Por consiguiente, concluye, "el principio es general y válido para todos los contratos administrativos"[41]. Esta tesis del poder general fue adoptada luego por la doctrina.

---

38 *Traité*, t. I, p. 152, y VEDEL. *"Remarques"*, cit.

39 D. DE BÉCHILLON y PH. TERNEYRE. *Clauses exorbitantes et marchés publics (à propos des arrêts du T.C., 5 juillet 1999), Commune de Sauve c-Sté Gestetner et UGAP c-Sté SNC ACTIV CSA*, CJEG, 2000, pp. 169 a 178.

40 CH. FARDET. *La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général*, AJDA, 2000, p. 116.

41 G. JÈZE. *Principes généraux du droit administratif*, t. IV, p. 224, citado por A. DE LAUBADÈRE, *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux disposition des contrats administratifs*, RDP, 1954, p. 38.

408. *Tesis contraria*. Pero, en 1953, JEAN L'HUILLIER negó este principio general en un artículo explosivo publicado en la *Chronique du recueil Dalloz*. El autor negaba la existencia del principio general derogatorio del derecho privado de los contratos por cuanto los poderes de modificación ejercidos por la administración contratante tenían siempre un fundamento positivo. La administración podía ejercer sus poderes gracias a que los pliegos de condiciones contractuales o las cláusulas los preveían y autorizaban.

La discusión no se centraba entonces de manera directa sobre el carácter exorbitante de la modificación y la resciliación, sino sobre la posibilidad de cambiar las bases del contrato mediante poderes derivados, no de las cláusulas contractuales definidas por las partes o por la ley, sino de principios generales extracontractuales. En otros términos, lo que es contrario a la teoría general del contrato privado no es el hecho de cambiar las condiciones del contrato o rescindirlo, que como hemos visto son perfectamente posibles en derecho privado[42], sino apoyarse para ello en *poderes generales* desligados de las condiciones contractuales. La previsión de las prerrogativas en los pliegos de condiciones contractuales permitían concluir a L'HUILLIER que "el principio fundamental del derecho de los contratos privados según el cual *las convenciones legalmente celebradas constituyen ley para las partes que las han suscrito* es aplicable a la administración tanto como a los particulares, pese a las excepciones aparentes"[43].

409. *El final de la controversia*. Al año siguiente, ANDRÉ DE LAUBADÈRE respondía al artículo de L'HUILLIER analizando las distintas tesis y la jurisprudencia. Sus conclusiones sobre las dos manifestaciones del poder unilateral de la adminsitración contratante son las siguientes: en primer lugar, la jurisprudencia consagra de la manera más neta posible la existencia del poder general de la administración de terminar unilateralemente la ejecución de los contratos administrativos cuando ésta última se torna inútil o contraria al interés general y no corresponde más con las necesidades de los servicios públicos. Ello, claro está, bajo reserva de la indemnización del contratista. En segundo lugar, existe *cierto poder de intervención unilateral* que autoriza a la administración a imponer a su contratista modificaciones en la extensión y modalidades de ejecución de sus obligaciones. DE LAUBADÈRE encontraba entonces extrema la tesis de L'HUILLIER sobre la inmutabilidad del contrato administrativo[44], aunque resaltaba que el po-

---

42 Supra, n.os 394 y 395.

43 J. L'HUILLIER. "Les contrats administratifs tiennent-il lieu de loi à l'administration?", Rec. 1953, p. 90.

44 Es importante insistir sobre el sentido de la inmutabilidad del contrato privado, en cuanto no significa que sea imposible cambiar sus condiciones de ejecución inicialmente pactadas, ni que todo cambio

der general de la administración contratante no se traduce en un privilegio existente en sí, sino en un poder limitado por la jurisprudencia[45].

Finalmente, el Consejo de Estado confirmó de modo explícito este análisis en 1983[46], poniendo así fin al debate que había dividido la doctrina: el poder de modificación unilateral hace parte de las reglas generales aplicables a los contratos administrativos con independencia de toda consagración legal o convencional.

2. EL SERVICIO PÚBLICO: FUNDAMENTO DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO

410. *Finalidad particular de la cláusula exorbitante.* La particularidad de las cláusulas exorbitantes no es el poder que ellas reconocen a una de las partes contratantes sobre la otra sino el régimen general de exorbitancia que ellas conllevan. Los contratos de seguros marítimos celebrados por una entidad industrial y comercial al comienzo del siglo ilustran esta afirmación. Este servicio fue originalmente organizado durante la Primera Guerra Mundial por la ley del 10 de abril de 1915 modificada por la ley del 19 de abril de 1917 que reglamentó ampliamente estos contratos de seguro e introdujo modificaciones de su funcionamiento. Los contratos, considerados de derecho privado bajo la ley de 1915, adoptaron el carácter de administrativos en 1917. Este cambio no obedeció al simple intervencionismo estatal. Muchos contratos privados son objeto de amplia reglamentación. El carácter administrativo se derivaba del objetivo especial de estos contratos introducido por la reforma que les imponía condiciones particulares de funcionamiento del servicio y los alejaba de los contratos de seguros celebrados entre particulares. La especificidad de las cláusulas se revelaba gracias a la función particular del contrato, de su objetivo, más que por los poderes de la administración contratante. La particularidad del contrato no residía en sus cláusulas individualmente consideradas, sino en el régimen global que le era aplicable, cierto *clima particular* de derecho público justificado por la finalidad del contrato que genera, más allá de las cláusulas, un régimen contractual exorbitante.

---

tiene que ser convenido por las partes contratantes, sino que las modificaciones unilaterales a los términos iniciales deben haber sido previamente convenidas por las partes directamente, o por el legislador a través de las cláusulas impuestas. Volveremos sobre este aspecto fundamental en el derecho colombiano (infra n.os 437 y ss.).

45 De Laubadère. *Du pouvoir de l'administration*, cit., p. 58.

46 CEF, 2 de febrero de 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec.33; RDP, 1984, p. 212, nota Auby, RFDA, 1984, n.º 0, p. 45, nota Llorens.

411. *La cláusula exorbitante: un poder extracontractual de la administración.* La doctrina clásica del contrato administrativo había visto en la finalidad del servicio público la razón de ser, la justificación, así como el límite, de las cláusulas exorbitantes. Es la finalidad de servicio público la que brinda a la adminsitración una posición de superioridad jurídica frente a su contratista, y en este contexto las prerrogativas aparecen como un acto de poder público por fuera del contrato. "El acto de modificación del contrato, nos explica GEORGES PÉQUIGNOT, es un acto de poder público. La administración no ejerece una prerrogativa contractual. Ella usa un derecho que le pertenece en su calidad de administración pública"[47]. Aunque esta afirmación ha sido reducida a un *verbalismo jurídico* porque en realidad la jurisprudencia francesa ve en el interés general una noción flexible y amplia que no se impone siempre con la misma fuerza y que hay que equilibrar con el compromiso contractual[48], la exigencia del servicio público legitima el desbordamiento de los parámetros contractuales.

412. *La ley del servicio* público *se impone a las partes contratantes.* El régimen de exorbitancia del contrato administrativo es más amplio que las prerrogativas consagradas en el contrato. Un principio reina en toda la ejecución del contrato: la ley del servicio público que se impone a las partes[49], a tal punto que aun en los contratos de derecho privado la administración conserva prerrogativas y privilegios importantes para asegurar el interés general, lo que hace afirmar a LAMARQUE que "el particular que celebra una convención de derecho privado con la administración debe ser consciente que estrecha una mano de hierro en un guante de terciopelo"[50].

413. La falta de fiabilidad de los criterios de identificación del contrato administrativo francés pone de presente las particularidades de las prerrogativas de la administración contratante. Los dos criterios clásicos no pueden entenderse separadamente. La incertidumbre en la identificación de la cláusula exorbitante se reduce si se tiene en cuenta que su carácter inhabitual frente a las cláusulas entre personas privadas esconde en realidad una finalidad de servicio público que le imprime su carácter particular. Y, por su parte, en el criterio del servicio público la particularidad de las cláusulas contracuales es la que hace real y específico el vínculo estrecho y directo entre el contrato y el servicio

---

47 PÉQUIGNOT. *Théorie général du contrat administratif*, cit., p. 369.

48 BADAOUI. *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, cit., pp. 98 y 99.

49 J. M. RAINAUD. *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, cit., p. 1188.

50 J. LAMARQUE. *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, LGDJ, 1960, p. 156.

público. Esta interdependencia sobrepasa el marco contractual. En un caso como en el otro, no son los valores estrictamente contractuales, inclusive los de la administración contratante, los que están en juego, sino las misiones particulares subyacentes al contrato que subordinan el intercambio de prestaciones a la función administrativa, de tal suerte que las prerrogativas no se derivan de la calidad contractual de la entidad pública sino de su calidad de administración pública. Esta concepción fundamental en el derecho francés no parece ser aplicable entre nosotros bajo la Ley 80.

II. EL SERVICIO PÚBLICO: CATALIZADOR DE PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO

414. *Restricción y legitimación de prerrogativas.* Al igual que en el derecho francés, el servicio público constituye la esencia de las cláusulas excepcionales de los contratos estatales y, más genéricamente, de las prerrogativas de poder público. No obstante, nuestra tradición jurídica no ha concebido el origen extracontractual y general de estas prerrogativas como acabamos de ver en el derecho francés. Las cláusulas excepcionales están ancladas al contrato bien sea de manera explícita, por los términos contractuales, o implícita, por las disposiciones legales que sustituyen la voluntad de las partes. Esta limitación de las prerrogativas de poder público se vio reforzada con la Ley 80. El artículo 13, que instaura un régimen jurídico mixto en el que la regla general es la aplicación del derecho privado, conlleva transformaciones fundamentales en el sistema de prerrogativas de poder público: Por un lado, *su restricción general* (A), y por otro, *su legitimación y limitación específica en el servicio* público (B).

A. RESTRICCIÓN GENERAL DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO

415. *Un contrato más igualitario.* La Ley 80 buscó mejorar las relaciones entre las partes contratantes para reforzar la idea de colaboración recíproca en remplazo de la subordinación absoluta de los contratistas a la administración contratante. En la exposición de motivos del proyecto de ley el Gobierno insistía sobre la importancia de retornar al contrato estatal su naturaleza verdaderamente contractual[51]. Era entonces necesario reforzar el principio de derecho

---

51 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 101.

privado, pilar de la teoría general del contrato, según el cual *los convenios legalmente celebrados constituyen ley para las partes* (1), y *reducir ciertos privilegos de la administración contratante* (2).

1. EL CONTRATO: LEY PARA LAS PARTES

416. *Una regla aplicada con mayor fuerza*. Tradicionalmente este principio del Código Civil (art. 1602) es afirmado con bastante restricción en el derecho administrativo. Aunque se afirme su existencia en el contrato administrativo, la jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado consideraba que "no puede ser interpretado de manera absoluta dado que tiene limitaciones por razones de orden público e interés general"[52]. Por el contrario, después de la Ley 80 el alto tribunal aplica con mayor rigor la fuerza vinculante del contrato derivada del principio *pacta sunt servanda*, tanto en *la interpretación de las cláusulas contractuales* (a) como en la admisión de la *exceptio non adimpleti contractus* (b).

a. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO SEGÚN SUS CLÁUSULAS

417. *Lógica del contrato administrativo clásico: interpretación de la ley.* Según la teoría del contrato administrativo francés, en la interpretación de las cláusulas contractuales el juez no toma en cuenta integralmente la intención de las partes como en derecho privado. "Si la noción de voluntad consituyera el principio fundamental, el juez debería tomar en cuenta *toda* la voluntad, pero *nada más* que la voluntad de las partes. Ello no puede ser así porque la ley del servicio se aplica *contra* la voluntad de las partes"[53]. Pese al gran número de sentencias en las que la alta jurisdicción francesa hace mención de la común intención de las partes, no se trata en realidad sino de "apariencia de la voluntad por cuanto el juez la aprecia en función de las exigencias del servicio público"[54].

418. *Interpretación según las reglas de Código Civil y de la equidad.* Esta concepción no parece corresponder con la de nuestro Consejo de Estado que se manifiesta muy ligado a la voluntad de las partes en la determinación del contenido contractual y acude cada vez más a los principios de interpretación del Código Civil, y no a principios de la función administrativa.

Para el Consejo de Estado es necesario, en primer lugar, identificar la intención de las partes para esclarecer los términos del contrato (art. 1618 C.

---

52 CEC, Sección Tercera, 18 de abril de 1994, Idema, Consejo de Estado, t. 227, fls. 132 a 141.
53 J. M. RAINAUD. *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, RDP, 1985, p. 1188.
54 Ibíd., p. 1190.

C.)[55], y, si ello no es suficiente, aplicar los otros criterios de intrepretación general de los contratos, según el régimen del derecho privado ordenado de manera general por el artículo 13 de la Ley 80 y de manera particular por el artículo 23 sobre *las reglas de interpretación de los contratos*[56]. Este razonamiento permitió, por ejemplo, determinar el plazo de reembolso de las inversiones hechas por un contratista en la construcción de una urbanización. Ante la ausencia de claridad de las cláusulas contractuales, el Consejo de Estado las interpretó de manera que pudiesen tener un efecto jurídico, como lo ordena el artículo 1620 del Código Civil[57]. En otro caso el Consejo de Estado aplicó el mismo artículo para privilegiar una cláusula sobre otra que le era contraria. La primera cláusula de un contrato de obra para la construcción de un hospital preveía el precio global fijo, que ratificaba el pliego de condiciones y significaba que el contratista no tenía derecho a ningún complemento del precio inicial. Sin embargo, las cláusulas 5.ª y 6.ª del contrato establecían los precios unitarios aplicables a las eventuales obras adicionales así como los procedimientos para revisar los precios del contrato. El Consejo de Estado privilegió estas cláusulas por ser posteriores y consideró que el contrato no era a precio global como lo afirmaba la primera cláusula sino a precios unitarios[58].

En otras situaciones, el comportamiento de las partes permite al juez interpretar las cláusulas. Un contrato de suministro de productos médicos contenía dos cláusulas, que daban lugar a interpretaciones distintas. Una establecía un plazo de 8 días para el suministro por parte del contratista; la otra afirmaba que la entidad contaba con 45 días para pagar al contratista el anticipo del contrato. El contratista pretendía que el plazo contractual de 8 días para realizar el suministro debía contarse a partir del pago del anticipo, y no a partir de la firma del contrato, con apoyo en el artículo 1624 del Código Civil que establece la interpretación de las cláusulas ambiguas en contra de quien las ha redactado. Pero el Consejo de Estado rechazó su interpretación al analizar el comportamiento de las partes contratantes. La cláusula sobre el anticipo había sido introducida al

---

55 CEC, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de mayo de 1999, Ministerio de Hacienda y crédito público, Consejo de Estado, rad. 1190-99.

56 CEC, Sección Tercera. 15 de octubre de 1998, Proyectos y Construcciones Urbanizadora Nacional, t. 382, fls. 252 a 286. CEC, Sección Tercera, auto del 14 de noviembre de 2002, José María Cabal, t. 503, fls. 292-298: "Es importante recordar dos reglas de interpretación contractual según las cuales, de una parte, 'en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato' (art. 1621 del C.C.), y de otra, 'las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 del C.C.)'".

57 Ídem.

58 CEC, Sección Tercera. 29 de abril de 1999, Constructora A & C S. A., t. 396, fls. 1 a 6.

momento de celebrar el contrato. Por consiguiente, la oferta del contratista no podía haber tenido en cuenta esta ventaja financiera. Además, el demandante no había puesto de presente la ambigüedad de las cláusulas sino en el proceso contencioso y no durante la ejecución del contrato, hecho que se sumaba a la firma de la liquidación del contrato sin ninguna salvedad ni observación al respecto. Este conjunto de hechos permitió al Consejo de Estado concluir sobre la verdadera intención de las partes que, cuando es clara, debe ser tenida en cuenta de manera prioritaria según el sentido literal de las cláusulas y según las reglas de interpretación establecidas por el Código Civil[59].

Pero el alto tribunal también aplica el principio del artículo 1624 del Código Civil para interpretar las cláusulas obscuras contra la administración quien las ha redactado unilateralmente en sus pliegos de condiciones, y sanciona así los incumplimientos de la entidad contratante apoyados en la falta de reservas presupuestales. La administración no puede desconocer sus compromisos contractuales con el pretexto del respeto de las normas presupuestales de obligatorio cumplimiento. "Si la administración reconoce el beneficio obtenido con la ejecución del contrato, concluye el Consejo de Estado, no liquidarlo ni pagarlo constituye un quebranto del pacto contractual, dando al traste con el principio de la buena fe que informa todos los contratos tanto en su etapa de formación como en la de ejecución"[60].

b. APLICACIÓN FRECUENTE DE LA "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS"

419. *Aplicación restringida en el contrato administrativo clásico.* La teoría clásica rechaza la aplicación de este principio del derecho privado, expresión de un medio de defensa del contratante que justifica el incumplimiento de sus obligaciones por el incumplimiento previo de las obligaciones de la otra parte[61]. Los intereses públicos inherentes a la ejecución del contrato administrativo no permitían al contratista interrumpir la ejecución de sus obligaciones frente al incumplimiento de la administración y lo obligaban a respetar sus compromisos hasta el final del contrato, aunque naturalmente un incumplimiento de la administración le abría la puerta de una condena jurisdiccional por todos los daños y

---

59 CEC, Sección Tercera. 11 de mayo de 1999, Broga Ltda., t. 396, fls. 89 a 135.

60 CEC, Sección Tercera. 5 de octubre de 1995, Carlos Gilberto Roa Vargas, t. 289, fls. 305 a 355.

61 Art. 1609 C. C.: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

perjuicios que soportaba, fruto del comportamiento culposo de la administración. Georges Péquignot afirmaba que "la *exceptio non adimpleti contractus* no es concebible como medio de defensa del contratista sino en el caso en el que éste arguye el incumplimiento de las obligaciones por parte de la administración para establecer que ese hecho lo colocó en la imposibilidad de cumplir sus propias obligaciones y que por lo tanto debe ser exonerado de toda sanción"[62].

En estos términos, en realidad no se trataba de una aplicación restringida del principio, como concluyen algunos autores[63], sino de su exclusión. En efecto, la actitud del contratista está justificada en este evento no por su *derecho* a abstenerse de cumplir sus obligaciones sino por la *imposibilidad* de hacerlo. No es un problema de legítimo incumplimiento sino de falta de nexo causal de su incumplimiento por cuanto su actitud es una consecuencia objetiva del comportamiento de la administración. El incumplimiento del contratista es entonces imputable a la administración y no al contratista.

420. *Jurisprudencia antes de la Ley 80*. Pese a la apariencia, nuestra jurisprudencia admitía la aplicación del principio en las condiciones referidas de la doctrina francesa. El Consejo de Estado afirmaba que el contratista debía realizar sus prestaciones salvo si las consecuencias económicas del incumplimiento de la entidad contratante conllevaban una "razonable imposibilidad de cumplir"[64]. El principio del Código Civil, decía, "tiene también su aplicación en el campo de la contratación administrativa, atemperado con los principios de derecho público de continuidad del servicio y de la primacía del interés general de la colectividad sobre el privado o personal del contratista"[65].

421. *Evolución de la jurisprudencia*. Pero bajo la Ley 80 la jurisprudencia ha sido menos exigente sobre la consideración de la *imposibilidad razonable* de ejecución de las obligaciones. Antes de 1993 los ejemplos de tal imposibilidad eran el no pago del anticipo o el no poner a disposición del contratista los terrenos de la obra que hacían naturalmente *imposible* el comienzo de ésta[66]. Por el contrario, hoy en día el juez administrativo hace un análisis no de la *imposibilidad* de ejecución sino de la equivalencia de las prestaciones de las partes, fruto del carácter sinalagmático del contrato.

En ocasiones el Consejo de Estado afirma el principio tradicional: "Es claro que en un contrato bilateral, como el que es materia del presente proceso, el

---

62 Péquignot. *Théorie général du contrat administratif*, cit., p. 446.
63 R. Escobar. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, p. 289.
64 cec, Sección Tercera. 31 de enero de 1991, *Incicon Ltda*., t. 128, fls. 82 a 164.
65 cec, Sección Tercera. 8 de septiembre de 1987, Jorge Zerrate Moreno, t. 77, fls. 446 a 455.
66 cec, 31 de enero de 1991, cit.

contratista puede lícitamente negarse a la ejecución de sus propias obligaciones cuando la entidad contratante no ha cumplido con las que a ella le corresponde ejecutar previamente, en forma tal que el contratista se vea *razonablemente imposibilitado* para dar cumplimiento a sus propias prestaciones" (cursiva fuera de texto)[67]. Pero en realidad aun en este caso el Consejo de Estado no analizó la *imposibilidad razonable* de cumplir sino que resaltó el monto de pagos parciales no cumplidos por la entidad frente al valor total del contrato. Cinco de ellos, equivalentes a poco menos de la mitad del valor del contrato, justificaban la suspensión de la obra por el contratista, lo que difícilmente puede considerarse como una *imposibilidad razonable de cumplir*.

422. *Amplia aplicación del principio.* Más significativas son ciertas sentencias en las que el análisis de la imposibilidad desaparece para dar plena aplicación al principio de la *exceptio non adimpleti contractus*. El no pago de un anticipo no es considerado como hecho que hace imposible la prestación del contratista sino simplemente como un incumplimiento de las obligaciones de la administración que legitima el derecho de su colaborador. "Si la entidad contratante no había pagado *la totalidad* del anticipo, resalta el Consejo de Estado, no estaba en condiciones de exigir que la contratista cumpliera con sus obligaciones dentro del término legal pactado en el contrato" (cursiva fuera de texto)[68].

El Consejo de Estado considera que la entidad estatal no tiene el derecho de exigir la ejecución del contrato por parte de su contratista cuando no ha ejecutado sus propias obligaciones y por consiguiente no puede lícitamente sancionarlo con multas y menos con la terminación unilateral del contrato[69] o la aplicación de la cláusula de caducidad[70]. Luego de haber convenido la extracción de material de obra del lecho de un río con los equipos puestos a disposición del contratista por la entidad contratante, ésta se negó a recibir cierta cantidad de los suminis-

---

67 CEC, Sección Tercera, 30 de septiembre de 1994, Horacio Mendoza Martínez, t. 254, fls. 115 a 137. En igual sentido, CEC, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2000, Carlos García Tabares, t. 430, fls. 293 a 328. Sin embargo el alto Tribunal resalta factores que relativizan su exigencia de la *imposibilidad razonable de cumplir* para privilegiar otros valores contractuales. "En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al *principio general de la buena fe* (art. 83 C. P.), atendiendo la *naturaleza de las obligaciones recíprocas* y la *incidencia de la falta de la administración* en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual" (cursiva fuera de texto). Esta observación ha sido ratificada por otras sentencias: Sección Tercera. 1.º de marzo de 2001, Urias Velandia Poveda, t. 442, fls. 228 a 259; 15 de marzo de 2001, Hernán Ruiz Bermúdez, t. 445, fls. 22 a 52; 11 de junio de 2001, Hoteles Ltda, t. 452, fls. 194 a 214; 13 de septiembre de 2001, Juan Fernando Góngora Arciniegas, t. 462, fls. 111 a 156.

68 CEC, Sección Tercera. 12 de diciembre de 1996, Industrias Fava Ltda., t. 325, fls. 1 a 32.

69 CEC, Sección Tercera. 10 de marzo de 1995, Relikassa Sistemas Ltda., t. 273, fls. 216 a 296 y 12 de diciembre de 1996, Industrias Fava Ltda., cit.

70 CEC, Sección Tercera. 5 de junio de 1998, Universidad Nacional de Colombia, t. 373, fls. 217 a 237.

tros argumentando la mora del contratista. El Consejo de Estado consideró, sin embargo, que el retardo había tenido origen en la modificación unilateral e ilegal del contrato por la entidad contratante, y que por ello la actitud del contratista estaba legitimada sobre la *exceptio non adimpleti contractus*[71].

423. *Un tratamiento igualitario de las prestaciones.* La excepción es aplicada por la jurisprudencia administrativa sin que exista una calificación de las dificultades del contratista para ejecutar sus prestaciones. Por ejemplo, es legítimo que el contratista rechace la *recepción* de un immueble arrendado a la administración al constatar su deterioro[72], así como la suspensión de una obra por la falta de pago de las actas parciales[73]. El Consejo de Estado ha afirmado abiertamente que "no es necesario hacer consideraciones distintas sobre la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación estatal, por cuanto los principios que la rigen siguen vigentes y hoy con mayor razón, cuando la contratación con el Estado se inspira en las fuentes del derecho privado por disposición del legislador (art. 13 Ley 80 de 1993)"[74]. De esta manera la jurisprudencia se aleja de las restricciones originales para centrar su atención sobre la obligación de la entidad estatal contratante de pagar a tiempo las actas parciales presentadas por el contratista por cuanto esos pagos constituyen un factor estimulante para la continuación de la obra. "La financiación de parte del contratista, concluye el Consejo de Estado en esta misma sentencia, como los sobrecostos que le causaron los pagos a destiempo de la administración, no estaban pactados ni le son inherentes a la contratación pública en aras del interés general para garantizar la continuidad de la obra. De manera que los pagos al contratista se tornaban en esenciales, para éste a la vez garantizarle a la administración un ritmo normal de trabajo".

La lectura de la jurisprudencia de los últimos años muestra una evolución hacia el análisis concreto de las dificultades que encuentra el contratista en la ejecución de sus prestaciones debido al incumplimiento previo de la entidad, análisis a partir del cual el Consejo de Estado puede calificar si el incumplimiento del contratista es justificado o no y, por ende, decidir sobre la pertinencia de la *exceptio*. En últimas, es el mismo razonamiento del juez civil por cuanto también en los contratos civiles no todo incumplimiento de una de las partes da lugar a la aplicación de la *exceptio*.

En esta evolución jurisprudencial el Consejo de Estado ha admitido que el tratamiento del principio ha sido un poco contradictorio, para centrarse luego

---

71 CEC, Sección Tercera. 21 de junio de 1999, Prodes Ltda., t. 398, fls. 200 a 279.

72 CEC, Sección Tercera. 17 de febrero de 1994, Botero Correa Hermanos Ltda., t. 220, fls. 242 a 267.

73 CEC, Sección Tercera. 6 de agosto de 1998, William Jiménez Martínez, t. 379, fls. 123 a 140.

74 CEC, Sección Tercera. 13 de abril de 1999, Consorcio Carlos González Venegas y Luis Guillermo Arévalo C., t. 394, fls. 11 a 60.

en el análisis concreto de la gravedad de los incumplimientos que atentan contra el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos y el carácter sinalagmático de éstos[75]. Así, en un caso en el que el contratista justificaba su incumplimiento por el hecho de haber sido objeto de presión por parte de las directivas de la entidad contratante quienes le habían exigido dinero para evitar la aplicación de una multa, el Consejo de Estado encontró que pese a la prueba sobre la resolución de acusación contra los directivos, proferida por la Fiscalía por el delito de concusión, la actitud del contratista que había cedido al chantaje no era justificable. Por consiguiente, su incumplimiento, amparado en el hecho de haber destinado parte del anticipo al pago del chantaje, lo que lo llevó al atraso en la ejecución del contrato, no tenía tampoco justificación en la actitud de los directivos de la entidad[76].

En otro caso, sobre la ejecución de un contrato de obra, el Consejo de Estado consideró que pese al incumplimiento de la entidad contratante al no poner a disposición del contratista una faja de terreno en el tiempo previsto en el contrato, y por no trasladar oportunamente unos postes y redes eléctricas, el contratista no podía justificar su atraso por cuanto bien hubiese podido adelantar su obra en otros frentes[77].

2. RESTRICCIONES DE LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La desigualdad jurídica del contrato administrativo se manifiesta a través de ciertos privilegios reconocidos a la administración contratante, que le dan una posición de superioridad frente a su contratista. Entre ellos se destacan la posibilidad de proferir actos ejecutorios y la existencia de protecciones significativas en el proceso contencioso. La evolución del derecho positivo ha *restrigido los efectos de la primera* (a) y los *privilegios procesales* (b).

a. PÉRDIDA DE LA EJECUTORIEDAD DE OFICIO DE LOS ACTOS CONTRACTUALES

424. *Privilegio del acto contractual clásico.* En el contrato administrativo clásico, nos explica GEORGES PÉQUIGNOT, "la administración tiene el poder de pronun-

---

75 CEC, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, Juan Fernando Góngora Arciniegas, t. 462, fls. 111-156.

76 CEC, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, Mario Alberto Ibáñez Parra, t. 538. Fols. 325-382.

77 CEC, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2002, Andina de Construcciones Ltda, t. 497. Fls. 12-60.

ciar sus sanciones ella misma, en aplicación del privilegio de la decisión previa, sin recurrir al juez del contrato. Es esta regla la que brinda a las sanciones del contrato administrativo su carácter más original"[78], y que constituye un poder extraordinario no solo por el hecho de definir una situación jurídica de manera unilateral, sino sobre todo por el hecho de poder hacer efectivo este tipo de decisiones de manera directa. "Más que la decisión ejecutoria, continúa el autor, es la ejecución de oficio la que nos parece contraria al régimen contractual general. La desigualdad entre la administración y su contratista es así llevada al extremo, por cuanto la administración es a la vez juez y parte de su propia causa y se presenta como un poder original y unilateral"[79].

Este principio fundamental de los actos contractuales unilaterales era aplicado en nuestros contratos administrativos antes de la Ley 80 debido a que estos actos eran regidos por las reglas generales de los actos administrativos, entre las cuales encontramos su mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, consagrado por el artículo 68 del CCA.

425. *Competencia jurisdiccional bajo la Ley 80.* Sin embargo, el artículo 75 de la Ley 80 sobre el juez del contrato estatal estableció la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa "para conocer de las controversias derivadas de [...] los procesos de ejecución" de los contratos estatales. Teniendo en cuenta que esta jurisdicción no era tradicionalmente competente sino para los procesos de conocimiento, y dejaba a la jurisdicción ordinaria los procesos ejecutivos contra la administración[80], se podría concluir que el texto referido de la Ley 80 debía interpretarse según esta tendencia. El recurso de *ejecución* consagrado por el artículo 75 debería estar destinado a los litigios que tuviesen por origen la *ejecución del contrato* y no la ejecución de títulos ejecutivos, como los actos unilaterales. Esta interpretación se apoya además en la redacción del artículo que atribuye la competencia al contencioso administrativo de los procesos de *ejecución o cumplimiento*[81]. Pero el Consejo de Estado no acogió esta tesis. Para el alto tribunal, la "Ley 80 le adscribió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, entendiéndose que se trata en este último caso de procesos de

78 PÉQUIGNOT. *Théorie général du contrat administratif*, cit., p. 420.

79 Ibíd., p. 422.

80 La institución de la jurisdicción coactiva, que permite a la administración la ejecución directa de sus actos, restringía lógicamente los procesos ejecutivos judiciales a la ejecución de títulos ejecutivos *contra* la administración y no en favor de ésta.

81 Art. 75 Ley 80 de 1993: "*Del juez competente*. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa".

ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial. La Ley 80 de 1993 aplica un principio según el cual el juez de la acción debe ser el mismo juez de la ejecución"[82].

Con esta decisión el Consejo de Estado no clarificaba sin embargo qué tipos de procesos de ejecución eran posibles. En el caso objeto del proceso un contratista había demandado a un municipio contratante por un crédito contractual contra éste último. Al admitir la demanda el Consejo de Estado afirmó la competencia del juez administrativo en razón de la ejecución de las obligaciones contra las entidades estatales, pero nada avanzó con relación a la ejecución de las obligaciones de los contratistas ni sobre la ejecución de los actos contractuales. No obstante, después del auto del 30 de abril de 1997 su concepción es clara: la Ley 80 modificó parcialmente el artículo 68 del CCA por cuanto en virtud de su artículo 75 la administración contratante perdió el privilegio de la ejecución de oficio de los actos contractuales y debe ahora acudir al juez administrativo para obtener su ejecución[83].

Antes de esta explicación general, el Consejo de Estado había ya afirmado de manera implícita la pérdida del privilegio. El artículo 19 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, había establecido que "cuando no se pague voluntariamente las garantías únicas continuarán haciéndose efectivas a través de la jurisdicción coactiva, con sujeción a las disposiciones legales". El Consejo de Estado decretó la suspensión provisional de este artículo por cuanto el Gobierno había desbordado su competencia reglamentaria. "Como se observa en forma evidente, afirmó la alta corporación, la ley no hizo excepción alguna en cuanto a los procesos ejecutivos relacionados con los contratos estatales y por tanto su conocimiento es de la jurisdicción contencioso administrativa, sin que se vislumbre por ningún aspecto excepción al respecto ni atribución a otra autoridad"[84].

426. *Restricción de los privilegios de los actos contractuales.* La jurisprudencia indica entonces que aunque la entidad contratante pueda proferir actos contractuales unilaterales no los puede ejecutar de oficio y, al igual que los parti-

---

82 CEC, auto del 29 de noviembre de 1994, Rigoberto Arenas Olmos, Consejo de Estado. Sala Plena. t. 1, año 1995, fls. 18 a 55. La Corte Constitucional juzgó la constitucionalidad de este artículo y confirmó la interpretación del Consejo de Estado (CCC, 22 de agosto de 1996, Darío Giovanni Torregroza Lara, demanda de inconstitucionalidad del artículo 75 de la Ley 80, expediente C-388).

83 CEC, Sección Tercera, auto del 30 de abril de 1997, Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, CVC, t. 336, fls. 21 a 32.

84 CEC, Sección Tercera, auto del 27 de febrero de 1997, Hernando Pinzón Dávila, Consejo de Estado, t. 333, fls. 245 a 250. El Consejo de Estado decaró la nulidad del artículo en la sentencia del 24 de agosto de 2000, Hernando Pinzón Avila, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. 433, fls. 165 a 191. En el mismo sentido, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, Empresas Públicas de Medellín, t. 473, fls. 201 a 226 y sentencia del 24 de mayo de 2001, Ingesa Ingenieros Civiles y Arquitectos Asociados Ltda., t. 451, fls. 26 a 50.

culares, ha de acudir al poder judicial para obtener su ejecución, con lo cual ha dejado de ser juez y parte en este aspecto. Tal ha sido el caso de la ejecución de las pólizas de garantía de estabilidad de una obra otorgadas por el contratista[85] o de la de seriedad de la propuesta, que se hace efectiva cuando el contratista no firma el contrato a él adjudicado[86]. De igual manera, no son ejecutables por jurisdicción coactiva los créditos a favor de la entidad contratante resultantes de la liquidación final del contrato[87], ni las conciliaciones[88], ni el monto de las cláusulas penales luego de haber hecho efectiva la caducidad del contrato[89]. De manera general el Consejo de Estado explica que la ejecución de oficio está reservada, después de la Ley 80, a los créditos que no tienen relación con los contratos estatales[90]. Por consiguiente, las entidades contratantes deben acudir al juez administrativo no sólo para ejecutar los créditos a su favor derivados de un contrato, sino también las decisiones jurisdiccionales y las conciliaciones fruto de un litigio contractual[91].

Ya veremos cómo las prerrogativas de los actos contractuales también se han visto restringidas por la identicación de ciertos actos o contenido de los actos que no tienen carácter administrativo (infra n.º 447.a). Pero también veremos que la jurisprudencia ha puesto en duda de manera implícita la pérdida de ejecutoriedad de oficio de los actos contractuales (infra n.º 514).

b. RESTRICCIÓN DE LOS PRIVILEGIOS PROCESALES

427. *Privilegios de las entidades estatales.* La situación privilegiada de la administración frente a su contratista no sólo se manifiesta a través de sus prerrogativas de poder público, en cuanto contratante, sino también mediante cierto trato especial cuando son parte en los procesos contenciosos, situación que se deriva no de su calidad de contratante sino de administración pública. Aunque no pueda afirmarse que hoy en día la administración está en un plano de igualdad con relación a las personas privadas, el legislador ha limitado tres de sus privilegios procesales: *la prohibición de ordenar comportamientos a la administración* (1), *la inembargabilidad de sus bienes* (2) y *la prohibición de condenarlas en costas* (3).

---

85 CEC, Sección Tercera. Auto del 12 de agosto de 1999, Municipio de Villavicencio, t. 400, fls. 350 a 359.

86 CEC, Sección Tercera. Auto del 29 de abril de 1999, Unidad Administrativa Especial Liquidadora del ICT, t. 395, fls. 284 a 311.

87 CEC, Sección Tercera. Autos del 5 de diciembre de 1996, Fondo Rotatorio del Ejército, t. 324, fls. 99 a 113 y del 21 de enero de 1999; Departamento de Casanare, t. 387, fls. 268 a 280.

88 CEC, Sección Tercera. Auto del 15 de abril de 1999, Municipio de Bajo Baudó, t. 394, fls. 196 a 201.

89 CEC, Sección Tercera. Auto del 10 de octubre de 1998, Fondo Rotatorio del Ejército, t. 382, fls. 80 a 87.

90 CEC, Sección Tercera. Auto del 18 de junio de 1998, Javier García Arenas, t. 374, fls. 118 a 121.

91 CEC, Sección Tercera. Auto del 27 de septiembre de 1995, Augusto Moreno Murcia, t. 288, fls. 343 a 352.

1. PROHIBICIÓN DE ORDENAR COMPORTAMIENTOS A LA ADMINISTRACIÓN

428. *Principio clásico en derecho administrativo.* Bajo la influencia de la concepción francesa de la separación de poderes, el derecho administrativo estableció el principio general según el cual el juez no puede imponer a la administración un comportamiento a través de una decisión judicial, lo que constituye una diferencia fundamental entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado. En efecto, el Código Civil prescribe en su artículo 1546 que cuando uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones "podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Pero la doctrina y la jurisprudencia tradicional consideran que la aministración no puede ser forzada a ejecutar un contrato contra su voluntad. Por consiguiente, en el contrato administrativo el contratista carece de la opción que le brinda el artículo 1546 y su pretensión no puede ser otra que la indemnización integral de perjuicios causados por el incumplimiento de la entidad contratante[92].

429. *Evolución de la jurisprudencia.* Aunque el Consejo de Estado ha confirmado este principio después de la Ley 80[93], podemos constatar un ligero cambio de concepción después del auto del 29 de noviembre de 1994 que analizamos antes[94]. La restricción no obedecería a la tradición administrativista que prohibe al juez dirigir órdenes a la administración, sino a razones procedimentales aplicables tanto a las pretensiones de los contratistas como a las de la administración. Ninguna de las partes podría pedir el cumplimiento del contrato sencillamente porque la acción contractual del artículo 87 del CCA no previó esta posibilidad, con lo que desaparece el trato privilegiado de las entidades contratantes[95].

---

92 ESCOBAR. *Teoría general*, cit., p. 275.

93 CEC, Sección Tercera. 23 de septiembre de 1994, Agrecon, t. 252, fls. 384 a 401.

94 CEC, Sala Plena. Auto del 29 de noviembre de 1994, Rigoberto Arenas Olmos, t. 1, 1995, fls. 18 a 55.

95 Así en la sentencia del 14 de septiembre de 2000 consideró que "en la contratación estatal no está prevista la acción de cumplimiento, entendida como aquella orientada a que, ante el incumplimiento de la entidad pública de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírsele que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, como tampoco cabe exigir el cumplimiento judicial del contratista si fue éste el que incumplió el contrato" (actor: Carlos García Tabares, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 430, fls. 293 a 328). Igualmente en en fallo del 1.º de marzo de 2001, Urias Velandia Poveda, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 442, fls. 228 a 259, afirmó que "si bien de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, ante lo cual el contratante cumplido puede pedir la resolución o el cumplimiento contractual con indemnización de perjuicios, en materia de contratos estatales no es posible demandar que la entidad pública cumpla el contrato, puesto que el artículo 87 [del CCA] solamente prevé la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda pedir que se declare su incumplimiento y se condene al responsable a indemnizar los perjuicios".

Por otra parte, la alta corporación parece admitir una transformación diferente frente a este tema. Un contratista demandó ejecutivamente a una entidad estatal para obligarla a proferir la liquidación final del contrato según los términos establecidos por una sentencia. El Consejo de Estado estimó que después de la Ley 80 la jurisdicción administrativa aplica el Código de Procedimiento Civil en los procesos de ejecución por cuanto el Código Contencioso Administrativo no se ocupa de este género de acción, y por consiguiente puede ordenar la ejecución no sólo de obligaciones de dar una suma de dinero sino también las de hacer o no hacer, según los términos del artículo 499 y siguientes del CPC por cuanto la ley no hace distinciones entre las distintas pretensiones.

> Aunque las obligaciones de dar una suma de dinero son, en la práctica, las más comunes –concluye el Consejo de Estado– nada impide que se le imponga al deudor una obligación de hacer o de no hacer. Así, por ejemplo, es frecuente que la jurisdicción administrativa le imponga a la administración la obligación de reintegrar a un funcionario ilegalmente destituido; y los jueces ordinarios, a quienes les compete esta ejecución, nunca se han abstenido de hacerlo pretextando que sólo pueden ejecutarse las obligaciones de dar. Tampoco son extrañas las ejecuciones que le imponen a la administración la obligación de destruir lo hecho dentro de un término prudencial, en la forma prevista en el artículo 502 del CPC[96].

2. PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS

430. *Principio clásico en el derecho administrativo.* La Constitución de 1991 estableció de manera expresa la prohibición de embargar "los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación" (art. 63), pero dejó al legislador la definición de otros bienes inembargables[97]. Es así como las leyes orgánicas del presupuesto, recopiladas por el Gobierno en el Decreto 111 de 1996, establecen que "son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman" (art. 19).

431. *Excepciones al principio.* La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la constitucionalidad del principio de inembargabilidad sobre la base de una protección de los recursos y los bienes del Estado "que

---

96 CEC, Sección Tercera. 10 de julio de 1997, Coltubos Ltda., t. 344, fls. 70 a 80. En el mismo sentido, 29 de abril de 1999, Unidad Administrativa Especial Liquidadora del ICT, t. 395, fls. 284 a 311.

97 Art. 63 C. N.: "Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

permite asegurar la consecución de los fines de interés general que conlleva la necesidad de hacer efectivos materialmente los derechos fundamentales y, en general, el cumplimiento de los diferentes cometidos estatales"[98]. Con todo, la misma Corte ha establecido excepciones al principio. La sentencia C-546 de 1992 señaló que la inembargabilidad del presupuesto nacional no podía legitimar el incumplimiento de las obligaciones públicas derivadas de las relaciones laborales. La Corte consideró que "el derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante en el Estado social de derecho, merece una especial protección respecto de la inembargabilidad del presupuesto"[99]. La Corte también ha recordado que el Código Contencioso Administrativo establece la obligación de todas las entidades públicas de pagar las condenas judiciales en el plazo de un mes sin intereses de mora (art. 176) y de 18 con intereses. Pasado este término sin que la administración cumpla con su obligación el acreedor puede demandarla en acción ejecutiva (art. 177). Al interpretar estos textos, la Corte ha afirmado que los acreedores del Estado pueden demandar ejecutivamente no sólo para la ejecución de las decisiones judiciales, sino también para la ejecución de todo crédito derivado de un acto administrativo o de un contrato si cumplen con las condiciones del título ejecutivo. Sobre esta base el proceso de ejecución conlleva necesariamente la posibilidad de "embargo de recursos del presupuesto –en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos– y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos"[100].

432. *El principio es hoy una excepción.* En estos términos el privilegio de la inembargabilidad de los bienes públicos se reduce de manera significativa. Dado que el principio aplicado a otros bienes distintos de los señalados por la Constitución no es constitucional sino legal, es necesario determinar su alcance según las disposiciones del derecho positivo por cuanto el artículo 63 de la Carta establece que sólo el legislador puede establecer nuevas excepciones. Por consiguiente, hoy debemos distinguir las distintas posibilidades.

De manera general, el Código de Procedimiento Civil establece una lista de bienes inembargables en razón de su destinación al servicio público (art. 684). El Consejo de Estado ha considerado que los muebles de la oficina de un contralor no son embargables por cuanto están destinados al servicio públi-

---

98 CCC. 4 de agosto de 1997, Cecilia Calderón Jiménez, demanda de inconstitucionalidad del artículo 19 del Decreto 111 de 1996, expediente C-354-97. En igual sentido, CCC. Sentencias C-546 de 1992, C-013, C-017 y C-337 de 1993.

99 CCC. 1.º de octubre 1992, Carlos Augusto Patiño Beltran y Jairo Cabezas Arteaga, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8.º, parte final, y 16 de la Ley 38 de 1989.

100 CCC, 4 de agosto de 1997, cit.

co[101]. Con todo, es a la administración deudora a quien le corresponde probar el vínculo del bien con el servicio[102]. El Consejo de Estado considera que la simple condición de establecimiento público no permite concluir que todos sus bienes están destinados al servicio público[103].

El legislador estableció la protección de los presupuestos de las entidades nacionales que no incluye ni las entidades públicas departamenteales[104] ni las locales[105] ni sus establecimientos públicos[106]. La jurisprudencia hace en consecuencia una distinción entre los recursos propios de las entidades departamentales y municipales y las transferencias que éstas reciben del presupuesto nacional, como por ejemplo los beneficios pagados por los concesionarios por la explotación de los campos petroleros de su jurisdicción. Estos recursos no son embargables por provenir de la Nación[107]. De igual manera, las "participaciones del municipio en los ingresos corrientes de la Nación destinados a satisfacer áreas prioritarias de inversión social (art. 357 C. N.) serían inembargables por tratarse de transferencias hechas del presupuesto nacional"[108]. Sin embargo, el Consejo de Estado no incluye en esta protección las transferencias sin destinación específica, que por consiguiente son embargables[109].

Finalmente, los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, protegidos contra los embargos por el Decreto 111 de 1996, no corresponden a todas las entidades públicas de carácter nacional. Los artículos 3.º y 11 del decreto enuncian las distintas entidades incluidas en la excepción. El Consejo de Estado ha concluido que "las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más (las que para efectos presupuestales de conformidad con el artículo 5.º del Decreto 111 de 1996 se sujetan al régimen de las primeras) y las empresas sociales del Estado no tienen el carácter de órganos desde la pers-

---

101 CEC, Sección Tercera. Auto del 9 de octubre de1997, Adere Ltda, t. 356, fls. 115 a 121.

102 CEC, Sección Tercera. Auto del 12 de febrero de 2001, José Alberto Melo Escobar, t. 441, fls. 145 a 168; sentencia del 22 de febrero de 2001, Areneras el Dagua, Consejo de Estado, t. 442, fls. 64 a 77.

103 CEC, Sección Tercera. Auto del 28 de mayo de 1998, IFI, t. 372, fls. 267 a 277.

104 CEC, Sección Tercera. Auto dem 30 de octubre de 1997, Cementos y concretos de Colombia, t. 358, fls. 112 a 115; sentencia del 5 de julio de 2001, Israel Riegos S. A., t. 429, fls. 25 a 32; auto del 30 de agosto de 2001, Germán Muñoz Castillo, t. 461, fls. 1 a 16.

105 CEC, Sección Tercera. Auto del 30 de julio de 1998, Banco de Colombia, t. 377, fls. 196 a 204.

106 22 de febrero de 2001, Areneras el Dagua, cit.

107 CEC, Sección Tercera. Auto del 3 de septiembre de 1998, Rafael Núñez Córdoba, t. 379, fls. 162 a 169; 3 de septiembre de 1998, Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores, t. 379, fls. 22 a 28.

108 CEC, Sección Tercera. Auto del 4 de octubre de 2001, Luz Marina Romero Galeano, t. 466, fls. 257 a 263.

109 CEC, Sección Tercera. Auto del 22 de octubre de 1998, Banco Santander, t. 382, fls. 345 a 357F.

pectiva que señala el Estatuto Orgánico del Presupuesto y por ende, según las reglas generales, son ejecutables y sus bienes sujetos a medidas cautelares"[110].

3. PROHIBICIÓN DE CONDENA EN COSTAS

433. *Principio del Código de Procedimiento Civil.* Hasta la Ley 80 la jurispurdencia administrativa aplicaba el artículo 392 del CPC según el cual ni la Nación ni las entidades territoriales podían ser condenadas en costas[111]. La jurisprudencia había extendido este privilegio a los establecimientos públicos porque según la ley "gozan de privilegios y prerrogativas de la Nación (art. 43 Dcto. Ley 3130 de 1968)"[112].

434. *Análisis del comportamiento de las partes bajo la Ley 80.* Pero el legislador redujo este tratamiento especial de ciertas entidades públicas a través del artículo 75 que permite la condena en costas a la parte vencida en el proceso y que ha tenido una actitud procesal temeraria[113]. Esta concepción, restringida por el texto a los procesos contractuales, se generalizó a todos los contenciosos de indemnización de la jurisdicción administrativa con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que prevé la condena en costas según el comportamiento de las partes durante el proceso[114].

En la mayoría de casos el Consejo de Estado no condena a la administración en costas al estimar que su comportamiento no es *temerario*[115]. Pero este tratamiento puede también favorecer a la parte privada. Al contrario de la dis-

---

110 CEC. Autos del 22 de julio de 1997, Ingestudios, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S-694 y del 15 de abril de 1999, Pharmacos Ltda, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. 394, fls. 110 a 116.

111 CEC, Sección Tercera. 7 de septiembre de 1984, Atuesta Guarín & Pombo Ltda., t. 54, fls. 375 a 377.

112 CEC, Sección Tercera. 9 de noviembre de 1984, Emiliano Rivera Suárez, t. 56, fls. 402 a 425; 10 de septiembre de 1987, Aguirre Monroy y Asociados Ltda., t. 78, fls. 73 a 96; 8 de octubre de 1987, Constructora Sanz y Cía. *Cobe Ltda*., t. 79, fls. 170 a 187.

113 Parág. 2.º art. 75 Ley 80 de 1993: "En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales". Parág. 3.º: "En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior".

114 Art. 55 Ley 446 de 1998: "*Condena en costas*. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: artículo 171. *Condena en costas*. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".

115 O, en los términos del alto tribunal, "no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora" (CEC, Sección Tercera. 29 de abril de 1999, Constructora A & C. S. A., t. 396, fls. 1 a 65; 21 de junio de 1999, Prodes Ltda, t. 398, fls. 200 a 279; auto del 16 de septiembre de 1999, Sara Redondo de Ibarra, t. 403, fls. 67 a 83; 9 de marzo del 2000, Consas Ltda., t. 413, fls. 72 a 112).

posición del Código Contencioso Administrativo (art. 171) derogada por el artículo 55 de la Ley 446, disposición que establecía de manera sistemática la condena en costas del particular que perdía el proceso, la nueva norma impone una valoración de su comportamiento[116].

No obstante el Consejo de Estado se muestra exigente en ciertos casos, como ocurre en los recursos de anulación de las decisiones arbitrales[117] o en los procesos de ejecución, eventos en los que condena sistemáticamente en costas a la parte vencida. En el primer caso, se trata de otra manera de limitar este recurso extraordinario. Dada la insistencia del legislador por privilegiar las soluciones alternativas de litigios, el artículo 72 de la Ley 80 restringió las causales de anulación de los laudos arbitrales, y el Consejo de Estado ha reiterado que el recurso extraordinario de anulación no constituye una apelación del laudo[118]. En estas condiciones el alto tribunal es en extremo severo frente a las partes que utilizan el recurso para fines distintos de los fijados por el legislador[119], y recuerda que el artículo 129 de la Ley 446 de 1998 impuso la condena en costas en ciertos casos[120]. En cuanto a los procesos de ejecución, el Consejo de Estado encuentra que su naturaleza exige el pago integral de las costas[121].

---

116 CEC, Sección Tercera. Auto del 29 de abril de 1999, Unidad Administrativa Especial Liquidadora del ICT, t. 395, fls. 284 a 311; 13 de septiembre de 1999, Consorcio Gabriel Galvis-Hazen and Sawyer, t. 402, fls. 102 a 162.

117 CEC, Sección Tercera. 24 de octubre de 1996, Consorcio Spie Batignolles-Campenon Bernard, t. 322, fls. 75 a 130; 25 de febrero de 1999, Paconar Ltda. Contratistas, t. 391, fls. 96 a 126; 26 de abril de 1999, Telesantamarta, t. 395, fls. 81 a 111.

118 CEC, Sección Tercera. 11 de septiembre de 1997, Fábrica de Licores del Tolima, t. 351, fls. 77 a 94; 26 de abril de 1999, Telesantamarta, cit.

119 CEC, Sección Tercera. 11 de mayo del 2000, Seguridad Dincolvip Ltda., t. 416, fls. 350 a 372.

120 Art. 129 Ley 446 de 1998: "*Recurso de anulación*. El artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, quedará así: artículo 40. Vencido el término de los traslados, el secretario, al día siguiente, pasará el expediente al despacho para que se dicte sentencia, la cual deberá proferirse en el término de tres (3) meses. En la misma se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará. Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente". CEC, Sección Tercera, 8 de febrero de 2001, Consorcio Mejías, t. 439, fls. 226 a 267; 22 de febrero de 2001, Consorcio Movitierra Ltda., Luis Fernando Botero Londoño, t. 443, fls. 22 a 38: "La Sala, en aplicación de lo normado por la ley, condenará en costas al recurrente porque ninguna de las causales invocadas prosperó. La aplicación de las normas especiales y preferentes relativas al trámite del recurso de anulación del laudo arbitral prevalecen respecto de las normas que refieren al trámite general de los procesos administrativos, como lo es el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998"; 10 de agosto de 2001, Procables Ltda., Consejo de Estado, Sección Tercera, t. 458, fls. 55 a 100.

121 CEC, Sección Tercera. 4 de junio de 1998, Concretos y Prefabricados Compre Ltda., t. 373, fls. 269 a 283; 15 de febrero de 1999, Socorro Cuy de Archila, t. 389, fls. 303 a 314.

435. *Restricción de prerrogativas: refuerzo del vínculo contractual.* La evolución del derecho positivo y de la jurisprudencia no crea una situación de igualdad entre las partes del contrato estatal, pero la tendencia a restringir los privilegios de las entidades estatales contratantes es significativa. El juez administrativo controla más la efectividad de los compromisos contractuales a través de la interpretación de las cláusulas conforme a las reglas generales del Código Civil, como de la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, así como a través de su intervención en la ejecución de los actos contractuales y la valoración del comportamiento de las entidades durante los procesos jurisdiccionales.

Esta tendencia general se vio reforzada también con el tratamiento de las cláusulas exorbitantes, llamadas por la Ley 80 excepcionales al derecho común.

B. LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN

436. *Cambio de terminología.* El legislador de 1993 remplazó la denominación tradicional de cláusulas exorbitantes por la de *cláusulas excepcionales al derecho común*. Sin duda este cambio tiene un valor simbólico: la expresión *exorbitante* que pone de presente los poderes de la administración es sustituida por una fórmula que resalta su distancia frente a las cláusulas normales del derecho privado. Pero más allá de la forma debemos preguntarnos sobre la esencia de estas cláusulas. Hemos ya avanzado parte sustancial de esta problemática en el derecho francés, y el análisis desarrollado en la primera sección de este capítulo nos servirá de apoyo para apreciar la distancia de esta concepción frente a la de nuestro derecho positivo, pese al telón de fondo común. En últimas deberemos determinar si la particularidad de las cláusulas excepcionales del contrato estatal está dada por la *desigualdad jurídica entre las partes, que ella instaura* (1), o por su *finalidad particular* (2).

1. CLÁUSULA EXCEPCIONAL Y DESIGUALDAD JURÍDICA ENTRE LAS PARTES

437. *Concepciones heterogéneas.* Nuestra jurisprudencia identifica generalmente las cláusulas excepcionales con aquellas que no son posibles en las relaciones entre particulares. El Consejo de Estado considera que toda cláusula que conlleva poderes para la administración contratante, como la posibilidad de rescindir el contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratista[122] o la

---

122 CEC, Sección Tercera. Auto del 26 de marzo de 1998, *Ichi Ban Motors S. A.*, t. 367, fls. 390 a 406

de imponer multas sin acudir al juez[123], deben ser consideradas como exorbitantes o excepcionales al derecho común. En estos casos la administración declara de manera unilateral el incumplimiento de las obligaciones del contratista, lo que es considerado por el alto tribunal como *exorbitante al derecho privado*. En estos términos nuestra jurisprudencia restringiría la cláusula exepcional a la cláusula imposible en el derecho privado, según la terminología francesa que describimos antes[124]. Sin embargo, la inclusión de dichas cláusulas en los contratos entre particulares no es considerada imposible ni ilícita tanto por los *textos* (a) como por la *jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* (b), lo que nos permite *matizar la concepción del Consejo de Estado* (c).

a. LOS TEXTOS DEL DERECHO PRIVADO Y LA DESIGUALDAD JURÍDICA DE LAS PARTES

La cláusula excepcional no puede caracterizarse por la desigualdad de las partes en el sentido de otorgar a una de ellas el poder de adoptar una decisión unilateral que produce efectos jurídicos sobre el contrato y sobre su co-contratante. Los códigos civil y de comercio nos ofrecen variados ejemplos de este tipo de poderes.

438. *Prerrogativas fundadas en la confianza recíproca de las partes.* En razón de la confianza entre las partes, inherente a ciertos contratos, la ley les permite a ambas o a una de ellas rescindirlo de manera unilateral. Es el caso del mandato del Código Civil en el que "el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio" (art. 2191). Más aún, el artículo 2185 del mismo código establece que "el mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo". De manera similar, el Código de Comercio prescribe en su artículo 1279 que "el mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa", y el artículo 1283 que "si el mandato ha sido pactado en interés del mandante o de un tercero, sólo podrá renunciarlo el mandatario por justa causa, so pena de indemnizar los perjuicios que al mandante o al tercero ocasione la renuncia abusiva".

Pero el mandato no es el único ejemplo del derecho positivo. El artículo 1325 del Código de Comercio señala los motivos justos para poner fin de ma-

---

123 CEC, Sección Tercera. 21 de octubre de 1994, Omega Ltda., t. 257, fls. 136 a 166D.
124 Supra. n.º 391.

nera unilateral al contrato de agencia comercial[125], y una lógica del mismo orden gobierna todos los contratos de representación, así como los contratos de servicio profesional a los que se aplican las normas del arrendamiento de servicios inmateriales del Código Civil (arts. 2063 a 2069).

439. *Prerrogativas derivadas de la finalidad del contrato*. En otros casos la finalidad socio-económica del contrato otorga ciertas prerrogativas a una de las partes. Es el caso del contrato para la confección de una obra material en el que "el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido ganar en la obra" (art 2056 C. C.)[126]. En realidad, en este evento estamos frente a una prerrogativa más significativa que la de la administración contratante consagrada en la Ley 80. En efecto, el dueño de la obra puede rescindir el contrato por su simple voluntad, mientras que la administración, como lo veremos en detalle más adelante, no puede hacerlo sino por ciertas razones fijadas por el artículo 17 de la ley.

440. *El contrato de trabajo.* Uno de los contratos más reglamentados en favor de la parte débil es el contrato de trabajo. Sin embargo, el legislador reconoce una serie de prerrogativas al empleador que consagra poderes jurídicos unilaterales frente al trabajador. En primer lugar, el reglamento de trabajo. Si bien es cierto que debe obtener la aprobación del Ministerio del Trabajo, "el patrono puede elaborar el reglamento sin intervención ajena..." (CST) y se impone a los trabajadores porque hace parte integral del contrato de trabajo (art. 107). Puede ser modificado unilateralmente para adaptarlo a las circunstancias cambiantes de la empresa y comprende la enunciación de faltas disciplinarias y procedimientos de sanción, que pueden consistir en la suspensión del contrato (art. 112) o la imposición de multas (art. 113); sanciones impuestas por el patrono sin intervención del juez. En segundo lugar, aunque el patrono no puede en principio proceder a deducciones o reducciones del salario del trabajador sin su autorización (art. 149), puede hacerlo sobre las sumas correspondientes a las cotizaciones sindicales, de las cooperativas y de los fondos de ahorro autorizados por la ley, al igual que las

---

125 Art. 1325 C. de Co.: "Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: 1. Por parte del empresario: a. El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley; b. Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario; c. La quiebra o insolvencia del agente, y d. La liquidación o terminación de actividades; 2. Por parte del agente: a. El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b. Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; c. La (quiebra) o insolvencia del empresario, y d. La terminación de actividades".

126 Art. 1794 del C. C. napoleónico. Sobre la resciliación unilateral del contrato para la confección de una obra material, LLORENS. Ob. cit., pp. 274 y ss.

cotizaciones de la seguridad social y de las sanciones disciplinarias (art. 150). Estos privilegios reconocidos al patrono constituyen un poder ejecutorio incluso más expedito que el poder de la administración de ejecutar sus actos administrativos a través de la jurisdicción coactiva. Y finalmente, encontramos el poder llamado por la doctrina *jus variandi* que permite al patrono realizar las *modificaciones unilaterales* razonables del contrato de trabajo para adaptarlo en función de las necesidades o cambios de la empresa.

441. *Derecho de retención.* El reconocimiento más enfático de prerrogativas unilaterales entre las partes de un contrato se cristaliza en lo que podría calificarse como la manifestación de justicia privada: el derecho de retención. A través de este mecanismo jurídico el legislador permite al acreedor calificar y determinar el incumplimiento de las obligaciones del deudor y, más aún, efectuar una especie de prenda sobre los bienes del deudor, a través de su retención, con el fin de forzar el cumplimiento de la obligación, todo sin intervención alguna del juez del contrato. Aunque se trata de un mecanismo excepcional que debe estar consagrado en la ley, sus manifestaciones son múltiples. Así, el usufructuario puede ejercer el derecho de retención sobre la cosa fructuaria[127], "el poseedor vencido en juicio cuando tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se asegure a su satisfacción" (art. 970 C. C.), el vendedor cuando se halle en peligro inminente de perder el precio por mengua considerable de la fortuna del comprador[128], el arrendador sobre los frutos de la cosa arrendada[129], el mandatario[130], el comodatario sobre la cosa prestada[131], el depositario sobre la cosa

---

127 Art. 859 C. C.: "El usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, es obligado el propietario".

128 Art. 1882 C. C.: "El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él. Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. *Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago*" (cursiva fuera de texto).

129 Art. 2000 C. C.: "El arrendatario es obligado al pago del precio o renta. Podrá el arrendador, para seguridad de este pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o previsto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenece, a menos de prueba contraria".

130 Art. 2188 C. C.: "Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que este fuere obligado por su parte".

131 Art. 2118 C. C.: "El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes; salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare".

depositada[132], el transportador sobre los bienes transportados[133], el asegurador sobre la prima[134], el hospedero sobre los bienes del huésped[135], el acreedor sobre la cosa pignorada[136], el comisionista sobre las mercancías consignadas o su producto[137], el agente comercial sobre los bienes o valores del empresario[138] y el capitán sobre la cosa transportada[139], etc.

b. AMPLIA AUTONOMÍA RECONOCIDA POR LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA

442. *Desigualdad de las partes.* Los privilegios jurídicos de una de las partes contratantes no se derivan tan sólo de la ley. La jurisprudencia de la Corte

---

132 Art. 2258 C. C.: "El depositario no podrá, sin el consentimiento del depositante, retener la cosa depositada, a título de compensación o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino solo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo". Art. 1177 C. de Co.: "El depositario podrá retener la cosa depositada para garantizar el pago de las sumas líquidas que le deba el depositante, relacionadas directamente con el depósito".

133 Art. 988 C. de Co.: "El último transportador representará a los demás para cobrar las prestaciones respectivas derivadas del contrato, y para ejercer el derecho de retención y los privilegios que por el mismo les correspondan". Art. 1007: "El transportador podrá retener total o parcialmente el equipaje y demás cosas del pasajero que transporte mienta no le sea pagado el valor del correspondiente pasaje o el del flete de tales cosas o equipaje, cuando haya lugar a ello". Art. 1033: "El transportador podrá ejercer el derecho de retención sobre los efectos que conduzca, hasta que le sean pagados el porte y los gastos que haya suplido". Art. 1034: "El derecho de retención podrá ejercerse en relación con deudas anteriores del mismo remitente o del mismo destinatario, según el caso, derivadas del contrato de transporte, cuando se reúnan los siguientes requisitos: 1. Que entre las mismas partes, existan sucesivas relaciones de la misma índole, y 2. que los débitos provenientes de los servicios prestados y los créditos por los abonos hechos se lleven bajo una misma cuenta".

134 Art. 1059 C. de Co.: "Rescindido el contrato en los términos del artículo anterior, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena".

135 Art. 1199 C. de Co.: "Si el huésped no pagare su cuenta, el empresario podrá llevar los bienes a un martillo autorizado para que sean enajenados en pública subasta y con su producto se le pague. El remanente líquido se depositará en un banco a disposición del cliente".

136 Art. 1205 C. de Co.: "El deudor estará en la obligación de pagar los gastos necesarios que el acreedor o el tercero tenedor hayan hecho en la conservación de la cosa pignorada y los perjuicios que les hubiere ocasionado su tenencia, imputables a culpa del deudor. El acreedor tendrá derecho de retener la cosa dada en prenda en garantía del cumplimiento de esta obligación".

137 Art. 1302 C. de Co.: "Tiene así mismo el comisionista derecho de retener las mercaderías consignadas o su producto, para que, preferentemente a los demás acreedores del comitente, se le paguen sus anticipaciones, intereses, costos y comisión, si concurren estas circunstancias: 1. Que las mercaderías le haya sido remitidas de una plaza a otra, y 2. Que hayan sido entregadas real o virtualmente al comisionista…".

138 Art. 1326 C. de Co.: "El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización".

139 Art. 1624 C. de Co.: "El capitán podrá, en caso de que no se pague el flete, retener la cosa transportada o hacerse autorizar por el juez del lugar para depositarla hasta tanto sea cubierto el flete y todos los demás gastos y perjuicios que ocasionen la demora del buque…".

Suprema de Justicia nos brinda ejemplos muy significativos de la amplitud de la autonomía de la voluntad en este sentido. El juez debe respetar lo que ha sido convenido por las partes aunque ello implique la consagración de una marcada desigualdad jurídica entre ellas.

443. *Primer caso.* Una compañía de productos químicos rescindió unilateralmente un contrato de suministros con fundamento en una cláusula del siguiente tenor:

> Vigencia y terminación. El término de duración de este contrato es indefinido. Por consiguiente cualquiera de las partes podrá poner fin al mismo dando a la otra preaviso escrito con una anticipación de tres (3) meses. Así mismo, el incumplimiento de cada una de las partes relativo a algunas de las prestaciones pactadas en este contrato confiere derecho a la otra parte para darlo por terminado cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios o tenga cierta importancia capaz por sí sola de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra. En estos últimos casos el preaviso se hará con anticipación de quince (15) días. Cada uno de los siguientes eventos, principal pero no exclusivamente, se considerará como incumplimiento por parte del distribuidor y por consiguiente una violación del presente contrato susceptible de causarle perjuicio grave al vendedor o de mermar la confianza del vendedor en el distribuidor; a…; b…; c…; d…; e…

El contratista demandó a la empresa al considerar que esta cláusula era abusiva en la medida en que consagraba un privilegio para una de las partes, impuesto por un contrato de adhesión. Pero la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia del tribunal que negó las pretensiones, al explicar:

> ... cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomos de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen amplia facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, *incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno sólo de los contratantes*[140] (cursiva fuera de texto).

444. *Segundo caso.* Una compañía petrolera rescindió un contrato de obra sobre la base de una cláusula del contrato redactada en los siguientes términos:

---

140 CSJC, 27 de octubre de 1993, *Recal Limitada* contra *Dow Química de Colombia S. A.*, expediente 3785, *Gaceta Judicial*, n.º 2464.

> Terminación anticipada del contrato por parte de la OXY. Mediante notificación el contratista OXY tendrá el derecho de dar por terminado el presente contrato, sin expresión de causa, en cualquier momento antes de la terminación del trabajo objeto del presente contrato. En dicho caso, OXY pagará al contratista la suma que resulte mayor entre: (I) los costos y gastos reales y razonables incurridos por el contratista hasta la fecha de terminación del contrato, más 10%, o (II) un porcentaje del monto bruto pagadero al contratista bajo el presente contrato equivalente al porcentaje del trabajo total a ser ejecutado bajo el presente contrato que haya sido completado al momento de dicha terminación.

Como consecuencia de la rescisión unilateral, el consorcio contratista envió a la OXY las cuentas de cobro sobre las indemnizaciones previstas en el contrato pero la OXY no las pagó, razón por la cual fue demandada. En su sentencia, la Corte no hizo ninguna observación a la cláusula de resciliación, lo que implica implícitamente un reconocimiento muy significativo de la autonomía de la voluntad de las partes para la creación de privilegios jurídicos de una de ellas. La Corte se limitó a condenar por daños y perjuicios en aplicación de la cláusula transcrita:

> Las partes gozan de la autonomía de su voluntad y de la libertad contractual –explica la Corte–, de modo que lo estipulado es imperativo para ellas al tenor del artículo 1602 del Código Civil, aplicable a este negocio en virtud de las previsiones de los artículos 2.º y 822 del C. de Co. Por lo tanto, si de acuerdo con el artículo 973 de este ordenamiento una parte confiere a la otra el derecho de dar por terminado el contrato, sujetando su facultad a las formas que acuerden y asumiendo las prestaciones que, aun tácitamente, los sujetos del contrato determinen, entonces, si una parte a la otra le confirió la facultad de ruptura y ésta la ejerce de modo diferente o no asume el comportamiento a que se comprometió, se está frente a una situación de incumplimiento del acuerdo. La responsabilidad en que incurre la parte es contractual, como que está faltando al comportamiento a que libremente se comprometió en el contrato que a su talante dio por terminado. Esto es, en la hipótesis de acordar las partes que una de ellas pueda dar por terminado el contrato de suministro con la asunción como consecuencia de determinadas prestaciones, al hacer uso de la facultad, dicha parte tiene que cumplir las prestaciones que su voluntad convenida determinó con la otra parte, luego si no responde a lo que se obligó [ello] es pretermitir su compromiso surgido del consentimiento contractual[141].

445. *Tercer caso.* Es el que mejor expone la fuerza y la amplitud reconocidas al principio de la autonomía de la voluntad en la creación de desigualdades jurí-

---

141 CSJC, 14 de marzo de 1994, Consorcio Colombiano de la Contrucción contra Occidental de Colombia Inc., expediente 3061, *Gaceta Judicial*, n.º 2467.

dicas de las partes contratantes. En una compraventa de un automóvil, las partes incluyeron varias cláusulas destinadas a asegurar el pago a crédito otorgado al comprador. El incumplimiento de una o varias de las cuotas mensuales estipuladas o el incumplimiento de otras obligaciones contractuales otorgaba el derecho al vendedor de rescindir de pleno derecho el contrato. El vendedor no sería en consecuencia obligado a devolver al comprador las sumas pagadas por éste como parte del precio, sumas que serían consideradas como indemnización parcial de los daños y perjuicios. Más delicado aún, la cláusula de reserva del dominio hasta el pago integral del precio preveía que, en caso de uso distinto al uso normal del vehículo o considerado peligroso por el vendedor, éste podía exigir al comprador la devolución inmediata del automotor, y si ello no se realizaba de manera volutaria el vendedor quedaba autorizado para obtenerlo de manera ejecutiva con base en el contrato, que prestaba mérito ejecutivo, e incluso con intervención de la policía. El comprador incumplió el tercer pago convenido y trasladó el vehículo a Pereira en donde lo destinó al premio de una rifa. El acreedor ejerció una acción ejecutiva, obtuvo la recuperacón física del automóvil con intervención de la policía e incluso instauró una denuncia penal contra el comprador, denuncia que retiró más tarde.

El comprador demandó al vendedor por daños y perjuicios sobre la base de un comportamiento constitutivo de abuso del derecho y de la nulidad de las cláusulas contractuales que habían permitido la reacción desproporcionada del vendedor. La Corte brinda una significativa explicación de la función de regulación de las relaciones económicas a través del contrato:

> Si las cláusulas contractuales dictadas por la experiencia en ciertas ramas de especulación mercantil pudieran aparecer revestidas de extremada severidad para la clientela, ello sería conducente a reducir el escaso desarrollo del crédito en medios económicos acaso no muy avanzados, o el complejo de factores prácticos que aumentan riesgos en la vida de los negocios por fuerza de las circunstancias. Pero tal severidad, por sí sola y en el campo jurídico, no demuestra atentado contra el orden público o las buenas costumbres, como límites infranqueables que son para la autonomía de la voluntad de las partes dentro del régimen legal de contratación[142].

En estas condiciones, es necesario apreciar concretamente el significado y amplitud de las estipulaciones para deducir de ellas las consecuencias jurídicas del contrato. La Corte observa que "si quien vende a plazo y de una vez entrega el objeto al comprador pudiera tener confianza absoluta en el fiel cumplimiento del contrato, no solo por lo que atañe al pago del precio sino también en lo

---

142 CSJ. Casación civil, 2 de diciembre de 1960, Máximo Parra Q. contra Panuto Ltda.

que respecta al uso adecuado y aprovechamiento razonable del vehículo vendido, las cláusulas de la negociación serían sin duda de extremada sencillez y redactadas con el propósito exclusivo de consignar con claridad y certidumbre el crédito otorgado por el vendedor y recibido por el comprador"[143]. Por consiguiente, es lícito que las partes adopten todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales cuando la transacción comercial conlleva riesgos.

c. Lectura matizada de la concepción del Consejo de Estado

446. El derecho privado está lejos de compartir la posición del Consejo de Estado según la cual los particulares no pueden "calificar unilateralmente el incumplimiento del contratista por acto unilateral, para hacerlo merecedor a la sanción, con efectos ejecutorios y exigible por jurisdicción coactiva"[144]. Podría afirmarse que los ejemplos que hemos visto del derecho positivo corresponden a casos excepcionales de interpretación restrictiva en los que la ley autoriza de manera expresa el ejercicio de prerrogativas. Pero ya veremos cómo las prerrogativas de la administración contratante también están previstas y circunscritas por la ley[145]. Y de otra parte, lo que es más significativo no es la consagración expresa de poderes por el derecho positivo privado sino la amplitud de la autonomía de la voluntad reconocida a las partes sobre este punto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Las sentencias citadas nos muestran que la desigualdad jurídica de las partes puede tener fuente en su exclusiva voluntad y no sólo en la ley y el reglamento.

De esta manera es necesario matizar la posición del Consejo de Estado en cuanto a la característica esencial de las cláusulas excepcionales. En efecto, podemos constatar que tanto la resciliación por incumplimiento como la modificación unilateral son lícitas y posibles en los contratos entre particulares. De igual manera, la cláusula de *reversión* de las concesiones públicas existe en los contratos de agencia comercial y en la concesión mercantil. La cláusula de aplicación de las leyes nacionales es la simple reproducción del principio de territorialidad establecido por el Código Civil[146].

---

143 Ídem.

144 CEC, Sección Tercera. 23 de marzo de 1995, Colmotores S. A., t. 275, fls. 70 a 87D; 8 de febrero de 1999, Colmotores S. A., t. 390, fls. 245 a 265; auto del 26 de marzo de 1998, Ichi Ban Motors S. A., cit.

145 Infra, n.os 449 y ss.

146 Art. 18 C. C.: "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia".

447. *Evolución jurisprudencial.* En realidad, el Consejo de Estado comienza a reconocer esta realidad en algunas de sus decisiones. En un caso, consideró que no era exorbitante una cláusula que permitía a una entidad contratante interrumpir o rescindir el contrato de manera discrecional sin dar lugar a indemnizaciones del contratista distintas de los honorarios y gastos por las prestaciones realizadas. Esta cláusula era obligatoria, afirmó el alto tribunal, no por ser exorbitante, sino en virtud del principio de la fuerza obligatoria del contrato que impone el cumplimiento de las cláusulas libremente convenidas[147]. De igual manera, no consideró excepcional una cláusula que autorizaba a una empresa pública de electricidad a rescindir de manera inmediata el contrato, en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista, o mediando preaviso, en caso de considerar inconveniente la ejecución del contrato[148]. En cuanto a las multas, en ciertas decisiones ha negado su suspensión provisional al considerar que "es cierto que la cláusula de multas no aparece enlistada dentro de las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, podría pensarse que dicha prerrogativa dentro del marco de la autonomía de la voluntad, y al no existir norma que la prohiba, puede ser pactada por las partes en un contrato administrativo"[149].

En otro caso, el Consejo de Estado explicó cómo un descuento hecho unilateralmente al contratista no constituye un poder exorbitante: "Es cierto que en la cláusula quinta del contrato se estableció la responsabilidad del contratista por la pérdida o daños de los elementos de Telecom, de los empleados y particulares que se presentaran durante y en los lugares donde se prestaban los servicios de vigilancia. La cláusula, tal como se concibió en el contrato, no tenía la condición de cláusula exorbitante, toda vez que se limitó a precisar que si el contratista no demostraba la existencia de factores imposibles de resistir o prever, para exonerarse de esa responsabilidad, Telecom procedía a descontar los valores de dichas pérdidas o daños, de acuerdo con el valor 'corriente del comercio' y por intermedio del interventor"[150]. Y sin embargo, pese a la

---

147 CEC, Sección Tercera. 25 de febrero de 1999, Medardo Serna Vallejo, t. 390, fls. 335 a 360.

148 CEC, Sección Tercera. 19 de febrero de 1998, Hernando Avila Sánchez, t. 364, fls. 96 a 101. La cláusula estaba redactada en los siguientes términos: "*Terminación de convenio*. Las partes se reservan el derecho de dar por terminado el presente convenio en caso que consideren que el mismo resulta inconveniente para cualquiera de ellas informando a la otra parte con dos meses de antelación. En caso de incumplimiento grave por parte de ACIEM Capítulo Tolima, ELECTROLIMA podrá dar por terminado el presente convenio en forma inmediata".

149 CEC, Sección Tercera. Auto del 19 de febrero de 1998, *Sepúlveda Lozano y Cia*, t. 364, fls. 58 a 67. En el mismo sentido, auto del 28 de mayo de 1998, José Trespalacios Arrázola, t. 372, fls. 214 a 221.

150 CEC, Sección Tercera, 29 de mayo de 2003, Seguridad Dincolvip Ltda., t. 529, fls. 88-108.

minimización del poder reconocido a Telecom por la sentencia, el pronunciamiento de la entidad implica la calificación unilateral del incumplimiento del contratista, al calificar que existe o no fuerza mayor. Además, esa calificación de la causa y de la culpa le permite fijar el monto del perjuicio al calificar el *valor comercial de los bienes perdidos*. Y para completar, le permite también descontarlos de los pagos debidos al contratista por la entidad. Estos poderes calificados de corrientes por la sentencia indican un cambio conceptual de fondo frente a la concepción jurisprudencial inicial (supra 446) de lo que es considerado excepcional al derecho común.

447.a. *Acto contractual y acto administrativo*. Desde otro punto de vista, es necesario resaltar que en todo contrato (aun en los contratos entre particulares) la naturaleza de los actos contractuales es singular, en la medida en que las partes pueden habilitarse, en el ejercicio extendido de la autonomía de la voluntad que hemos visto, para ejercer ciertos poderes muy significativos (imposición de una multa, declaración de incumplimiento de una obligación, ejecutoria de un crédito...). Estos podereres derivados del contrato contrastan con la ausencia de poderes unilaterales de las personas privadas por fuera del contrato, lo que a su vez marca la diferencia esencial con las prerrogativas que la administración ejerece a través del acto administrativo.

En efecto, la teoría del acto administrativo se construye a partir del poder particular de la administración de definir una situación jurídica creadora de derechos u obligaciones para terceros (los administrados) sin obtener previamente su acuerdo. Este carácter íntegramente unilateral de la *declaración del derecho* está presente incluso en las decisiones precedidas de un procedimiento administrativo con participación del administrado, cuando por ejemplo ejerce el derecho de petición, en la medida en que su intervención tan sólo constituye el motor inicial de la actuación administrativa o, eventualmente, la participación en la *instrucción* del procedimiento que va dar lugar a una decisión final, que será tomada por la administración de manera *autónoma*, por cuanto sólo ha de obedecer a los mandatos externos definidos, no por las partes, sino por las reglas de derecho positivo.

Por el contrario, en las relaciones contractuales los poderes que pueden ejercer las partes entre sí tienen una base de habilitación por parte de éstas en virtud del acuerdo contractual. El ejercicio de un poder es posible porque las partes han convenido que así sea, han manifestado su acuerdo. Se diría que en realidad ello no es así en el contrato estatal por cuanto las normas de derecho positivo imponen poderes de la administración, independientemente de la voluntad de las partes, e incluso contra su voluntad. Pero ello no le quita el carácter contractual a los poderes impuestos por normas externas por cuanto hemos

recordado ya el principio fundamental consagrado en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual los contratos "obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que *por la ley pertenecen a ella* (infra n.° 459). Y por otra parte, sabemos igualmente que lo determinante en el acuerdo de voluntades no es el contenido del contrato sino la aquiescencia del las partes. Por ello el contrato de adhesión sigue siendo contrato (supra n.° 99). Esta realidad, puede confirmarse en los contratos de derecho privado en los que la ley misma puede imponer condiciones y privilegios a una de las partes. Hemos tenido ya oportunidad de resaltarlo (supra n.° 99 y ss).

Bajo estas condiciones, parece esencial hacer una revisión de la caracterización del acto contractual en el contrato estatal, como manifestación de acto administrativo o como acto posible también en las relaciones entre particulares, por lo menos en muchas más ocasiones de las que se piensa.

El Consejo de Estado parece avanzar en esta reflexión al encontrar que no todo acto unilateral constituye un acto administrativo y que la carácterística esencial de éstos es el cumplimiento de una función administrativa. Pero como la función administrativa es una noción difícil de concretar, la jurisprudencia encuentra que para identificarla ha de verificarse el ejercicio de una prerrogativa de poder público imposible entre particulares.

Sobre el particular, en cuanto al contenido y tipificación de los actos administrativos, la sentencia del *20 de junio de 2002*, mediante la cual se decidió la segunda instancia de un proceso de acción de cumplimiento[151], precisó lo siguiente:

> a) En primer término, que el acto administrativo, por esencia, consiste en una manifestación de autoridad en ejercicio de función administrativa, entendida ésta como que aquella función estatal 'que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados para ello por la ley[152], que a diferencia de la función legislativa se ejerce en el plano sublegal[153], y, que excepto las supremas auto-

---

151 CEC, Sección Tercera, sentencia del 20 de junio de 2002, expediente 63001233100020002-0049-01, radicación interna 1361.

152 Nota original: Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993); o la función notarial confiada a los particulares (art. 1.º del decreto 960 de 1979), etc.

153 Nota original: Es decir, con una doble sujeción normativa: la primera a la Constitución, y la segunda a la ley; a diferencia de la función legislativa que se ejerce con subordinación tan sólo a la Constitución.

> ridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción[154], criterio éste expuesto con antelación en otro fallo de acción de cumplimiento el 10 de febrero de 2000[155].
>
> b) En segundo lugar, que 'la función administrativa corresponde a toda aquella actividad ejercida por las autoridades del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares, no puede ser concebida como análoga a la de un particular', y que por lo tanto, el hecho de que la administración asuma –como era el caso objeto de análisis en esa oportunidad– o manifieste no reconocer, en el giro ordinario de su actividad, una determinada obligación, como por ejemplo de carácter indemnizatorio[156], tal manifestación de voluntad no significa ni comporta el uso de una prerrogativa propia del poder público, y por ende, no puede ser catalogada como acto administrativo.

Sobre esta base, la alta corporación ha explicado, al analizar una liquidación unilateral, "que parte del contenido de ese acto bien puede corresponder a puntos que fueron fruto del consenso entre las partes, o simplemente, que alguna parte o todo el contenido de la liquidación, constituya o refleje la posición y decisión adoptada por la entidad estatal en su condición de parte contratante, respecto del estado de cuentas derivado del contrato objeto de liquidación, la cual, en modo alguno corresponde, y menos necesaria o forzosamente, al uso de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado en ejercicio de función administrativa, como sí lo son, por ejemplo, entre otras, las decisiones de la entidad estatal de liquidar unilateralmente el contrato, de declarar el incumplimiento del contratista, o las de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, o la de declaración de caducidad del contrato, etc., todas las cuales, una vez notificadas, en virtud de la presunción de legalidad que las ampara son de obligatorio cumplimiento, dada las características de ejecutoriedad y ejecutividad que revisten.

"En otros términos, continúa el Consejo de Estado, la determinación de liquidación unilateral del contrato, en cuanto decisión que profiere la administración en uso de una potestad propia y exclusiva del Estado en ejercicio de función administrativa para poner término al contrato, no es posible ni asimila-

---

154 Nota original: Esta es precisamente una de las notas esenciales que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional.

155 CEC, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente AC-9407.

156 Nota original: En el proceso que dio lugar a la sentencia de segunda instancia que se comenta, a través de la acción de cumplimiento se reclamaba que se ordenara a un municipio cumplir la obligación que había asumido frente a un particular de reparar un andén, destruido con ocasión de unos trabajos públicos.

ble en las relaciones entre particulares, indiscutiblemente constituye acto administrativo"[157].

Esta tendencia jurisprudencial es trascendente porque ha replanteado el tema de la posiblidad de arbitrajes sobre actos contractuales, que justamente fue el objeto de la sentencia que venimos de citar. De igual manera, la concepción del Consejo de Estado nos obliga a determinar concretamente cuáles son las condiciones para considerar que un acto contractual ejercido por la administración no puede serlo por los particulares, para así concluir que el primero es exorbitante y, por ende, administrativo.

448. La esencia de las prerrogativas de las entidades contratantes no es la desigualdad jurídica del contrato. El derecho positivo y la jursiprudencia civil nos muestran de sobra que la igualdad de las partes no es una regla general y absoluta de los contratos entre particulares, que no tiene verdadero valor de principio en el derecho privado. Por ello, es en otro fundamento en el que hay que anclar la esencia de las prerrogativas de la administración.

2. EL SERVICIO PÚBLICO LEGITIMA Y LIMITA LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

449. *Sistema de dosificación de las prerrogativas de poder* público. En nuestro derecho, como en el francés, la particularidad de las cláusulas excepcionales reside en su relación con el servicio público. Es esta condición la que las hace imposibles en las relaciones entre particulares y que brinda al contrato estatal un régimen jurídico particular. Con todo, nuestra concepción se aleja de la tradición francesa en la manera de establecer este vínculo. El servicio público no es sólo el telón de fondo de las prerrogativas administrativas sino su justificación. Bajo esta concepción la Ley 80 refuerza un principio tradicional de nuestro derecho administrativo según el cual *no hay prerrogativas de poder* público *sin texto legal* (a), y refuerza la estrecha relación entre las cláusulas excepcionales y el servicio público. Dos consecuencias fundamentales se derivan de ello: la ley impone un *sistema de dosificación de las cláusulas excepcionales* (b), según el vínculo más o menos estrecho entre el objeto contractual y el servicio público, y el *juez administrativo controla firmemente el ejercicio de las prerrogativas administrativas* (c).

---

157 CEC, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, Laudo Arbitral Universidad del Tolima vs. Consorcio Carlos Julio Rivera – José Fernando Peñalosa Rengifo, t. 490, fls. 259-301. Ver sin embargo salvamento de voto a esta decisión, de la Consejera María Elena Giraldo Gómez, quien encuentra que en la liquidación unilateral existe un acto administrativo material.

a. NO HAY PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO SIN TEXTO LEGAL

450. Desde 1873 el Código Fiscal imponía la inclusión de la cláusula penal en ciertos contratos de la administración. Esta cláusula fue considerada exorbitante del derecho privado y por consiguiente la primera ley sobre el contencioso administrativo determinó la competencia administrativa para el juzgamiento de los litigios que tuviesen origen en su aplicación[158]. Tradicionalmente las cláusulas calificadas como exorbitantes han tenido entre nosotros una consagración legal. Si bien es cierto que bajo la vigencia del estatuto contractual del Decreto Ley 150 de 1976 el Consejo de Estado afirmó la existencia del poder de terminación unilateral del contrato fundado no en el texto legal, que no lo incluía, sino en el interés general[159], después del estatuto del Decreto Ley 222 de 1983 el alto tribunal ha afirmado de manera reiterada la necesidad de una previsión legal. Esta condición marca una diferencia fundamental con el derecho francés en el que la jurisprudencia es la que las ha identificado y afirmado la existencia de las prerrogativas, con independencia de su previsión en los textos[160]. En nuestro derecho no existe el *poder general* de modificación o de resciliación del derecho francés. La concepción estricta del principio de legalidad ha permitido a nuestro Consejo de Estado afirmar que toda prerrogativa de poder público reconocida a la administración contratante debe estar expresamente autorizada y prevista por la ley.

451. *Principio existente bajo el Decreto Ley 222.* Bajo el antiguo estatuto contractual, el contrato administrativo incluía las cláusulas descritas en su título IV (caducidad, modificación e interpretación unilaterales) gracias a que su artículo 18 así lo disponía[161]. De igual manera, el artículo 61 obligaba la inclusión de la cláusula de caducidad en todo contrato administrativo, y el artículo 62 la consideraba incluida si las partes no la pactaban de manera expresa. Aunque la

---

158 Ley 130 de 1913.

159 El Consejo de Estado afirmaba que "la administración también podía hacerlo en aquel entonces haciendo prevalecer el interés general sobre el particular. En tal evento, el contratista debía ser indemnizado por virtud del rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas, aunque no mediara culpa ni incumplimiento de la administración". (CEC, Sección Tercera. 11 de mayo de 1990, Pedro Guillermo Jiménez Vargas, t. 115, fls. 207 a 222). En igual sentido, Sección Tercera. 10 de octubre de 1994, Sota Ltda., t. 255, fls. 162 a 191.

160 Supra, n^{os} 407 y ss.

161 Art. 18. Dcto. Ley 222 de 1983: "*Aplicación de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales*. Los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto, se rigen por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

administración era libre de pactar la cláusula de caducidad en los contratos privados[162], su inclusión conllevaba la aplicación automática de todo el título IV del estatuto por orden del artículo 60. Y finalmente, el artículo 73 autorizaba la inclusión de las cláusulas de multas.

Por consiguiente, eran las disposiciones legales las que autorizaban, imponían y reglamentaban el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes de la administración. La función del Consejo de Estado no era, como no lo es hoy en día tampoco, la *formulación de principios generales del contrato administrativo*, como en el derecho francés, sino la *interpretación estricta* de los textos legales. La esencia y los límites del ejercicio de la función jurisdiccional se pusieron de presente de manera ejemplar en el *descubrimiento* de un poder exorbitante que no estaba explícitamente consagrado en el Decreto Ley 222 de 1983: la declaración unilataeral de incumplimiento de las obligaciones del contratista.

452. *Los textos determinan la amplitud de los poderes.* El Consejo de Estado interpretó los artículo 62 y 71 del antiguo estatuto contractual, sobre las cláusulas de caducidad y multas, para concluir que los dos tipos de sanciones debían ser impuestos al contratista durante la ejecución del contrato. Por lo tanto, una vez expirado el plazo de ejecución del contrato la entidad contratante perdía competencia temporal para ejercer los poderes derivados de estas cláusulas. "Como quiera que la caducidad administrativa de un contrato es la terminación *anticipada* del mismo por decisión unilateral de la administración, explicaba el Consejo de Estado, resulta entonces que ella solo puede declararse durante la vigencia del mismo, o sea antes de su expiración"[163]. En cuanto a las multas, el alto tribunal había concluido que, "teniendo en cuenta que la multa es una sanción de apremio para que el contratista satisfaga sin más dilación la obligación respectiva, ella resulta improcedente al terminar el contrato"[164].

---

162 CEC, Sección Tercera. 16 de diciembre de 1994, Fabriciano Ramírez Calle y otro, t. 265, fls. 376 a 384.

163 CEC, Sección Tercera. 8 de agosto de 1985, Acoplar Ltda, t. 60, fls. 285 a 324. En el mismo sentido, CEC. 23 de abril de 1983, Confecciones Rahidud, t. 47, fls. 175 a 188; 4 de mayo de 1984, Dionisio Osorio Lentino, t. 51, fls. 488 a 511; 21 de febrero de 1986, Ingeniería Explanaciones y Pavimentos Ltda., t. 63, fls. 287 a 298; 14 de agosto de 1986, Cinducoll Ltda, t. 66, fls. 70 a 79; 4 de diciembre de 1986, Ricardo García López, t. 69, fls. 169 a 198; 3 de mayo de 1987, Icel, t. 75, fls. 52 a 231; 13 de agosto de 1987, Monsalve Vélez Ltda, t. 77, fls. 179 a 189; 24 de spetiembre de 1987, Constructora Occidente Ltda, t. 78, fls. 172 a 218.

164 CEC, Sección Tercera. 13 de agosto de 1987, Monsalve Vélez Ltda, t. 77, fls. 179 a 189. En el mismo sentido, CEC. 8 de agosto de 1985, Colseguros S.A., t. 61, fls. 78 a 82; 3 de mayo de 1987, Icel, t. 75, fls. 52 a 231; 22 de febrero de 1990, Epsilon Ltda.; José Libardo Garzón García,; Jairo Villalobos, t. 113, fls. 96 a 131; 13 de septiembre de 1991, Empresas públicas de Cartagena, t. 139, fls. 94 a 113; 1 de octubre de 1992, Asinarco Ltda., t. 172, fls. 272 a 294; 30 de octubre de 1997, Medical International de Colombia Ltda., t. 358, fls. 95 a 111.

De hecho, la administración contratante no podía sancionar a su contratista después de la expiración del plazo contractual pese a que el incumplimiento de éste no se hiciese patente sino en el momento de realizar la liquidación final del contrato. En los términos de la ley, no podía ni declarar la caducidad ni imponer multas en ese momento, con lo que estaba obligada a acudir al juez del contrato para lograr la condena de su contratista en daños y perjuicios.

453. *Descubrimiento de una prerrogativa.* Sin embargo, el Consejo de Estado admitió que la entidad contratante podía declarar el incumplimiento de las obligaciones del contratista aun después de vencerse el plazo de ejecución del contrato y hasta el momento de su liquidación, con el fin exclusivo de hacer efectiva la cláusula penal. Para llegar a esta conclusión el alto tribunal no se apoyó en ningún principio general ni del contrato administrativo ni de la función administrativa sino en una interpretación del estatuto contractual, concretamente de su artículo 72 según el cual, "en todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso *de declaratoria* de caducidad o *de incumplimiento*" (cursiva fuera de texto). El Consejo de Estado dedujo que este artículo atribuía a la entidad contratante el poder de *declarar unilateralmente el incumplimiento* del contratista con el fin de hacer efectiva la cláusula penal[165].

454. *Interpretación restrictiva de los poderes.* La jurisprudencia se ha manifestado tradicionalemente muy ligada a los términos legales y ha sido muy estricta frente a los poderes no previstos por la ley. "Los poderes exorbitantes son reglas de excepción y como tales de interpretación restrictiva"[166]. Bajo esta perspectiva, el arrendamiento de un inmueble, que bajo el antiguo estatuto era un contrato privado de la administración, no autorizaba a la entidad contratante a declarar su caducidad si esta cláusula no estaba prevista en el contrato de manera expresa[167]. De igual manera, los contratos privados de la administra-

---

165 Sentencia que instauró el principio: CEC. 29 de enero de 1988, Darío Várgaz Saenzü, Sección Tercera, t. 83, fls. 62 a 81. En el mismo sentido, CEC. 11 de diciembre de 1989, Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda., t. 111, fls. 360 a 400; 9 de abril de 1992, Colseguros S. A., t. 156, fls. 149A a 162; 9 de mayo de 1992, Mitsui y Cía. Ltda. Tokio Japón, t. 157, fls. 361 a 385; 1.º de octubre de 1992, Asinarco Ltda., t. 172, fls. 272 a 294; 28 de septiembre de 1993, Coltubos Ltda., t. 207, fls. 59 a 91; 30 de septiembre de 1994, Evelio Ramírez Martínez, t. 254, fls. 13 a 25; 3 de noviembre de 1995, Internacional Ltda., t. 292, fls. 56 a 72; 18 de septiembre de 1997, Electroequipos Castro Varela Ltda., t. 352, fls. 149 a 156; 30 de octubre de 1997, Medical International de Colombia Ltda., t. 358, fls. 95 a 111.

166 CEC, Sección Tercera. 16 de diciembre de 1994, Colmotores S. A., t. 265, fls. 304 a 322. Pese a la fecha de la sentencia, posterior a la Ley 80, se refiere a un contrato celebrado bajo el antiguo estatuto, Decreto Ley 222 de 1983.

167 CEC, Sección Tercera. 4 de noviembre de 1993, Municipio de Purificación, Alcaldía Municipal, t. 210, fls. 369 a 380.

ción en los que las partes habían incluido la cláusula de caducidad no autorizaban a la administración a ejercer otras prerrogativas que las previstas por la ley en estos casos.

455. *Aplicación del principio bajo el Ley 80*. De manera general, la jurisprudencia no ha cambiado el fundamento de este principio. El Consejo de Estado verifica la existencia de un texto que autorice las prerrogativas de la entidad contratante para admitir que puede ejercerlas. Este argumento le sirvió de base para rechazar inicialmente la posibilidad de imponer multas o la declaración de incumplimiento del contratista en los contratos regidos por la Ley 80, por cuanto se trataba de poderes no incluidos en el nuevo estatuto.

> La Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismos, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el Decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley[168].

Con la misma lógica resalta que la Ley 80 no reprodujo el artículo 72 del antiguo estatuto contractual, lo que significa que, "una vez finalizado el término contractual y agotada, por lo tanto, la posibilidad de la declaración de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del contratista"[169].

456. El principio de legalidad de las prerrogativas de poder público es por consiguiente una constante en nuestro derecho, aunque veremos en el capítulo siguiente cómo la jurisprudencia reciente ha extendido al máximo su soporte legal[170]. Una vez establecida la necesidad de un texto legal que autorice el ejercicio de la prerrogativa de la administración contratante hemos de abordar el análisis del fundamento y de la naturaleza de las cláusulas excepcionales.

---

168 CEC, Sección Tercera. Auto del 20 de febrero de 1997, Industrias Full S. A., t. 330, fls. 123 a 176.

169 CEC, Sección Tercera. 20 de octubre de 1995, Skandia, t. 290, fls. 327 a 367. En el mismo sentido, CEC, 6 de julio 1995, Helder Martínez Naranjo, t. 282, fls. 246 a 277; 20 de octubre 1995, Víctor Camargo Escorcia, t. 290, fls. 158 a 171. Ver en el capítulo siguiente el cambio de esta posición. *Infra*, n.os 515 y ss.

170 Infra, n.os 511 y ss.

b. SISTEMA DE DOSIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

457. *La lógica de la ley.* Sin lugar a dudas las prerrogativas de las entidades estatales contratantes se apoyan en el servicio público y, de manera más general, en el interés general[171]. El artículo 3.º de la Ley 80 indica con claridad que a través de la celebración y ejecución de los contratos las partes deben buscar el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. El artículo 14 prescribe que para el cumplimiento de las finalidades de los contratos las entidades "tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato", y el numeral 2 del artículo 5.º impone a los contratistas el deber de "acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato las entidades estatales les impartan". Pero el legislador de 1993 no se limitó a enunciar estos principios y como desarrollo de ellos instauró una legitimación específica de las prerrogativas de la administración a través de un *vínculo directo entre las cláusulas excepcionales y el servicio* público (1) que impone *su gradación* (2).

1. VÍNCULO DIRECTO ENTRE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES Y EL SERVICIO PÚBLICO

458. *Las prerrogativas deben justificarse.* La intención del legislador no fue anular los poderes de la administración contratante sino restringirlos y enmarcarlos. El reconocimiento de un papel más significativo del contractualismo y de una mayor igualdad entre las partes no significa hacer desaparecer las responsabilidades y prerrogativas de las entidades estatales. Era necesario reemplazar un régimen de *autoridad* de los poderes de la administración y de *subordinación* total del contratista por un sistema de *justificación* de las prerrogativas. La transformación es significativa porque cambia una noción abstracta del interés general por una legitimación concreta de las prerrogativas públicas y permite dar un sentido coherente al artículo 13 de la ley que prevé la aplicación general del derecho privado a los contratos estatales con la salvedad de los aspectos específicamente regulados por el derecho público. El régimen exorbitante no se aplica de manera generalizada o global al contrato sino sólo en la medida en

171 CCC, 20 de octubre de 1994, Jorge Dussan Hitscherich, demanda de inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 80, C-454; 2 de junio de 1999, Juan Carlos Morales Trujillo, demanda de inconstitucionalidad de los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80, C-400.

que ello es estrictamente necesario. Las prerrogativas de la entidad contratante no tienen una legitimidad general en razón de la naturaleza pública de las entidades sino de la función específica del contrato que las hace indispensables.

459. *Las reglas contractuales enmarcan las prerrogativas.* La consecuencia de esta concepción de los poderes exorbitantes es su estricta regulación por las normas contractuales. Su fuente de legitimación se encuentra en el contrato y no en las reglas generales del funcionamiento de la administración. Pero no hay que concluir de ello que las reglas contractuales se limitan a las previsiones de las cláusulas contractuales consentidas por las partes, ni a los pliegos de condiciones, que forman parte integral de los contratos, como lo ha afirmado con frecuencia el Consejo de Estado. Siguiendo el principio del Código Civil, los contratos "obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o *que por la ley pertenecen a ella*" (art. 1603). Por consiguiente, deben considerarse como contractuales todas las reglas fijadas por el legislador, que se entienden incorporadas a los contratos estatales con independencia de la voluntad de las partes.

Entre estas reglas contractuales se encuentran las consagradas por el artículo 14 de la ley, que hemos visto antes, sobre la dirección y control del contrato a cargo de las entidades contratantes, reglas que se concretan en *ciertos poderes* que la ley acuerda a éstas para la realización de *ciertos objetivos*. El artículo consagra, en efecto, los poderes de "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 unilateralmente el contrato celebrado". Pero acto seguido clarifica que el ejercicio de estos poderes no es general sino "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" (inc. 2.º).

460. *Finalidades específicas de las cláusulas excepcionales*. Este marco general del ejercicio de las cláusulas excepcionales se refuerza con su regulación específica[172]. El artículo 15 autoriza la interpretación unilateral tan sólo "si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones *que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio* público *que se pretende satisfacer con el objeto contratado*" (cursiva fuera de texto)[173]; el artículo 16 reconoce el poder de modificación

---

172 Dávila Vinueza L.G. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., p. 425 y ss.

173 J. Valencia Arango. "Dirección del contrato y potestades excepcionales", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 145; J. Pino Ricci. "El régimen de la exorbitancia, las cláusulas obligatorias, multas y penal pecuniaria", en *Régimen de contratación estatal*, cit., p. 200.

unilateral pero "para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él"[174]; el artículo 17 restringe los casos de interés general que justifican la terminación unilateral del contrato, y el 18 define como objetivo específico de la caducidad la sanción del incumplimiento de las obligaciones del contratista "que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización"[175].

La administración no tiene la libertad de apreciar el interés general que justifica el ejercicio de sus prerrogativas, tal como ocurría bajo el antiguo estatuto del Decreto Ley 222 el cual definía fundamentos generales y vagos como la ejecución contractual constitutiva "de grave inconveniencia para el interés público" que legitimaba la terminación unilateral (art. 19), o "el interés público [que] haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos" (art. 20); los desacuerdos sobre la interpretación de los contratos "que puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo", legitimador de la interpretación unilateral (art. 24), o las causales de caducidad "que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento" del contrato (art. 62).

El contraste con las fórmulas generales del antiguo estatuto es revelador del esfuerzo del legislador de 1993 por enmarcar de manera concreta y precisa los poderes de las entidades estatales contratantes.

2. GRADACIÓN DE CLÁUSULAS

461. *Las cláusulas excepcionales y el contrato estatal.* El régimen jurídico de la Ley 80 no establece una relación directa entre la existencia de cláusulas excepcionales y contrato estatal, sino entre este género de cláusulas y el servicio público. Por consiguiente, la existencia de cláusulas excepcionales no conlleva la calificación de un contrato como estatal, y la calificación de un contrato estatal no conlleva necesariamente la existencia de cláusulas excepcionales. Esta es una diferencia fundamental con el antiguo estatuto contractual en el que todo contrato administrativo contenía automáticamente las cláusulas exorbitantes del título IV, y, como tuvimos oportunidad de analizarlo, la inclusión de la cláu-

---

174 PINO RICCI. "El régimen de la exorbitancia, las cláusulas obligatorias, multas y penal pecuniaria", cit., p. 202.

175 VALENCIA ARANGO. "Dirección del contrato y potestades excepcionales", cit., pp.136 y 144; L. F. VÉLEZ ESCALLÓN. "La terminación y liquidación en los contratos de las entidades etatales", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 191. El Consejo de Estado resalta que no cualquier incumplimiento legitima la motivación de la caducidad sino aquellos que verdaderamente ponen en peligro la ejecución del contrato: CEC, 14 de octubre de 1999, Medardo Serna Vallejo, Consejo de Estado, t. 405, fls. 282 a 339.

sula de caducidad en un contrato lo hacía en la práctica administrativo, por la aplicación automática del mismo título IV, pese a que la ley y la jurisprudencia afirmaban su naturaleza de contrato de derecho privado[176].

Por el contrario, el régimen jurídico mixto de la Ley 80 admite los contratos estatales *con* cláusulas excepcionales, así como los contratos estatales *sin* cláusulas exorbitantes. En este sistema es el vínculo del objeto contractual con el servicio público el que exige la inclusión de este tipo de cláusulas y el que refuerza el régimen exorbitante de la entidad estatal contratante. Por ello, el artículo 14 impone las cláusulas excepcionales en ciertos contratos, las autoriza en otros y las prohibe en algunos. Aunque en los tres casos estamos frente a contratos estatales, el legislador consideró que las prerrogativas de poder público de las cláusulas excepcionales no eran indispensables o útiles en todos los casos, e incluso consagró algunos en los que dichas prerrogativas eran inconvenientes, y por ello las prohibió. Esas cláusulas son la interpretación (art. 15), la modificación (art. 16) y la terminación unilaterales (art. 17), la caducidad (art. 18) y la reversión (art. 19).

462. *Los contratos que tienen por objeto un servicio* público *exigen las cláusulas excepcionales.* En esta categoría de contratos encontramos aquellos que tienen por objeto la prestación de un servicio público. El vínculo directo con el servicio justifica la presencia de prerrogativas de poder público al punto que, como vimos, el Consejo de Estado ha calificado de contrato estatal los contratos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios pese a que la Ley 142 de 1994 no les da esta naturaleza[177].

463. *Los contratos que tienen por objeto un monopolio* público *imponen las cláusulas excepcionales.* El artículo 14 de la Ley 80 considera que es indispensable incluir estas cláusulas en los contratos que confían a un contratista "el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal". Las prerrogativas de la entidad contratante se justifican aquí por el interés general implícito de estas actividades que generan recursos importantes para el funcionamiento de los servicios públicos y forman parte de la riqueza del Estado, tales como la explotación de las loterías, la fabricación y/o la distribución de licores, que además son asimilados por la jurisprudencia del Consejo de Estado a servicios públicos[178]. Con esta misma lógica el artículo considera necesario el régimen reforzado de prerrogativas de poder público en los contratos que tienen por objeto la explotación o la concesión de bienes de las entidades estatales (recursos hídricos, petróleo, carbón, esmeraldas, etc.) que por su riqueza o su importan-

---

176 Supra, n.os 67 y ss.
177 Ver el carácter universal del estatuto contractual en el "Capítulo preliminar", supra n.º 43.
178 Supra, n.º 29.

cia connatural han impuesto desde siempre la necesidad de controles especiales por parte de las entidades concesionarias.

464. *Contratos de obra*. El artículo 14 impone las cláusulas excepcionales en este tipo de contratos, considerados tradicionalmente administrativos, aunque en estricto sentido no siempre tienen un vínculo estrecho y directo con el servicio público. El Consejo de Estado considera que los contratos de obra de las empresas públicas de servicios públicos domiciliarios no están regidos por la regla general del derecho privado derivada del artículo 32 de la Ley 142 sino por la Ley 80[179], y por consiguiente debe entenderse que incluyen las cláusulas excepcionales del artículo 14 con independencia de la manifestación expresa de las partes contratantes en este sentido.

465. *Los contratos comerciales no pueden incluir cláusulas excepcionales.* Fuera de estos tipos contractuales, el legislador simplemente autorizó, sin imponer, la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y de prestación de servicios, pero en otros la prohibió. En efecto, algunos contratos de amplio contenido comercial son considerados lejanos a los servicios públicos de tal suerte que las prerrogativas de la administración contratante no se justifican. Es el caso de los empréstitos, los arrendamientos, los seguros y los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado. Con todo, en este último caso el legislador no quiso excluir globalmente las prerrogativas en todos sus contratos sino sólo en aquellos cuyo objeto es la actividad industrial y comercial. El parágrafo del artículo 14 precisa que las materias enunciadas antes, esto es, las actividades de monopolio público o de servicio público, la explotación y concesión de bienes públicos y los contratos de obra, exigen la aplicación automática de las cláusulas exorbitantes.

Ello significa que el objeto del contrato y no la naturaleza de la entidad contratante es el que justifica la exclusión o inclusión de las cláusulas excepcionales, pese a que en todos los eventos estemos frente a verdaderos y completos contratos estatales.

466. *Prohibición de cláusulas excepcionales por razones de conveniencia*. En otros casos la prohibición de incluir cláusulas excepcionales parece responder a razones de conveniencia que hicieron que el legislador promoviera relaciones contractuales más igualitarias. Estas cláusulas están excluidas en los contratos de donación, en los contratos que tienen por objeto el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, así como en los contratos con organismos internacio-

---

179 CEC, auto del 8 de abril de 1999, Construcciones Civiles Limitada, Sección Tercera, t. 393, fls. 312 a 318.

nales o de cooperación, ayuda o asistencia y en los contratos entre entidades estatales (parág. art. 14 Ley 80).

467. *Un sistema flexible.* La aplicación progresiva de las cláusulas excepcionales según el vínculo del contrato con el servicio público ofrece una flexibilidad importante en los contratos estatales. La base del derecho privado en la lógica contractualista de la ley es complementada con la aplicación del derecho público si los intereses estrictamente contractuales se ven desbordados por el interés general que impone un mayor control por parte de la entidad contratante.

c. CONTROL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

468. *Estricto control de la motivación de los actos.* Sobre las bases normativas de la Ley 80 el juez administrativo ejerce un control importante sobre los motivos del ejercicio de las cláusulas excepcionales. Sabemos que el ejercicio de estos poderes se expresa a través de actos motivados[180]. Esta garantía de transparencia obliga a la entidad contratante a justificar sus prerrogativas y simplifica el control contencioso.

Entre las prerrogativas, la caducidad ocupa un lugar privilegiado en la jurisprudencia tanto por el número de decisiones como por el contenido del control ejercido por el Consejo de Estado, quien recuerda que "la caducidad en materia contractual estatal es una de las competencias regladas, que no discrecionales, y por lo mismo se encuentra condicionada por la ocurrencia de alguno de los hechos que habilitan a la administración para adoptar dicha decisión, por lo demás, debidamente motivada, con invocación de las causas que dan lugar a ella y con la adopción de otras decisiones íntimamente ligadas a lo resuelto"[181]. De esta afirmación general se desprenden importantes consecuencias.

469. *Sanción de motivaciones imprecisas.* En primer lugar el juez administrativo sanciona las justificaciones imprecisas en el ejercicio del poder. Por ello consideró contraria al derecho una declaración de caducidad que, fundada sobre una cláusula que establecía el poder de control sobre la calidad de los estudios suministrados por el contratista, no explicó de manera concreta cuál fue el incumplimiento del contratista que le dio lugar a la aplicación de la sanción[182].

---

180 Art. 24 Ley 80 de 1993: "*Del principio de transparencia*. En virtud de este principio: [...] 7.º Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia".

181 CEC, Sección Tercera. 2 de julio de 1998, Julio Hernán Barrera Carbonal, t. 375, fls. 175 a 191.

182 Ídem.

470. *Proporcionalidad de las sanciones impuestas por la administración.* La caducidad es una sanción grave que conlleva la efectividad de la cláusula penal, por cuanto su declaración es "constitutiva del siniestro de incumplimiento" (art. 18), y genera inhabilidad para contratar con las entidades estatales por cinco años (num.1 art. 8.º), lo que impone una proporcionalidad entre el incumplimiento del contratista y la imposición de la sanción. La administración debe ser prudente, so pena de exponerse a una condena en daños y perjuicios[183] que pueden incluso incluir los daños morales soportados por el contratista[184]. El sólo incumplimiento de una de las obligaciones no es suficiente. Es necesario que ese comportamiento tenga consecuencias sobre el servicio público. "Cuando la administración se ve avocada a tomar la medida extrema de terminación unilateral, afirma el Consejo de Estado, lo hace impulsada por razones de servicio público"[185]. La entidad contratante debe ejercer sus poderes de control para evitar llegar a esta situación extrema y, especialmente, imponer las multas, si ello es posible, para forzar el cumplimiento del contratista[186].

471. *Importancia de la buena fe.* El poder de sancionar con la caducidad es controlado también a través del análisis de la buena fe de la administración. El Consejo de Estado condenó a una entidad, pese al real incumplimiento del contratista que motivó la caducidad. Las partes habían acordado una interrupción de la ejecución del contrato. Dos días después de reiniciar las obras objeto del mismo la entidad contratante declaró la caducidad por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista. Para el alto tribunal, "con la previsión de un plazo tan exiguo, apenas de un solo día, para el cumplimiento de un contrato que no se había podido llevar a buen término en el plazo inicial de 90 días, por problemas ampliamente conocidos por las partes, se vulneró el principio de la buena fe"[187].

De igual manera, la incapacidad financiera de un miembro de un consorcio concesionario de espacios de televisión no daba derecho a la declaración de la caducidad del contrato, pese a que el contrato así lo preveía, en la medida en que

---

183 CEC, Sección Tercera. 10 de marzo de 1995, Relikassa Sistemas Ltda., t. 273, fls. 216 a 296.

184 CEC, Sección Tercera. 13 de octubre de 1994, Julio César Navarro Giraldo, t. 256, fls. 244 a 269.

185 CEC, Sección Tercera. 2 de febrero de 1996, Mario Alonso Escobar Roldán, t. 298, fls. 60 a 92. En el mismo sentido, CEC. 10 de marzo de 1995, Soc. Relikassa Sistemas Ltda., cit., y 8 de abril de 1994, Compañía de Electricidad de Tuluá S. A, t. 225, fls. 235 a 306.

186 CEC, Sección Tercera. 3 de marzo de 1994, Armando Caicedo Cerón, t. 221, fls. 284 a 337; 18 de octubre de 1994, Datos y Mensajes, t. 256, fls. 295 a 311 y 2 de febrero de 1996, Mario Alonso Escobar Roldán, cit.

187 CEC, Sección Tercera. 11 de septiembre de 1997, Ariza Aldana y Asociados Ltda., t. 352, fls. 188 a 213.

la entidad contratante podía imponer el cumplimiento de las obligaciones a otro miembro del consorcio[188]. En otro caso, el Consejo de Estado consideró contrario al postulado de la buena fe la declaración de caducidad de un contrato por cuanto, pese al retardo en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, éste había solicitado a la administración un acuerdo para rescindir el contrato[189].

472. *Protección del derecho de defensa.* La Corte Constitucional[190] y el Consejo de Estado han explicado que las sanciones contractuales no constituyen sanciones disciplinarias y por consiguiente el contratista no puede exigir todas las garantías constitucionales de este género de procesos o de los procesos penales[191], como la práctica de pruebas o la recepción de testimonios[192]. Sin embargo, el Consejo de Estado ha dado una amplia aplicación al artículo 77 de la Ley 80 que impone la aplicación de los procedimientos administrativos no contenciosos a la actividad contractual[193]:

> En los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C. P.) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública[194].

---

188 CEC, Sección Tercera. 17 de octubre de 1995, Alberto Dangond Uribe, t. 290, fls. 245 a 326. La posibilidad de incluir contractualmente causales de caducidad prevista en el antiguo estatuto contractual (art. 62 Dcto. Ley 222 de 1983) desapareció con la redacción del artículo 18 de la Ley 80.

189 CEC, Sección Tercera, 4 de diciembre de 1995, Multimedia Televisión Ltda., t. 295, fls. 11 a 37. Una caducidad impuesta sin ninguna medida previa de presión, como una multa, es considerada por el Consejo de Estado como un indicio de su ilegalidad: CEC. 14 octubre de 1999, Medardo Serna Vallejo, t. 405, fls. 282 a 339.

190 CCC, Sentencia del 21 de abril de 1993, T-145/93, Sociedad Bradford y Rodriguez LTDA. y setencia del 8 de octubre de 1998, T-569/98, Juan Carlos Moreno.

191 Sobre la imposición de multas, CEC, Sección Tercera. 16 de diciembre de 1997, Silvio Saúl Suárez Sandoval, t. 361, fls. 150 a 161. Sobre la caducidad, CEC, 11 de marzo de 1999, A. V. Ingenieros Ltda., t. 391, fls. 387 a 408.

192 CCC, 8 de octubre de 1998, Juan Carlos Moreno, y Santa Fe Corporación Deportiva, T-569.

193 Art. 77: "*De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas*. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo".

194 CEC, Sección Tercera. auto del 24 de septiembre de 1998, Mariana González Latiff, t. 381, fls. 61 a 79. Auto del 15 de mayo de 2003, Asociación Guaviare 2000 ESS, t. 526, fls. 24101: "La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que es necesario, antes de declarar la caducidad de un contrato,

En estas condiciones, ha decretado la suspensión provisional al considerar abiertamente ilegal una caducidad sorpresiva para el contratista, con la que una entidad calificó de incumplimiento grave de sus obligaciones sin haber adelantado previamente ningún procedimiento administrativo, como observaciones por su retardo, requerimientos u órdenes específicas[195].

De igual manera declaró la ilegalidad de una caducidad por cuanto la entidad contratante no había ejercido previamente otras prerrogativas, como por ejemplo la inspección de la obra al comienzo de los trabajos para así imponer sanciones parciales: "La administración nunca llegó a hacer efectiva ninguna de las medidas previas establecidas en la ley para procurar un cumplimiento oportuno, explica el Consejo de Estado, y sólo sancionó la conducta del contratista faltando dos días para que venciera el plazo del contrato, sin hacer durante toda su ejecución uso de otra potestad sancionatoria para compeler su cumplimiento. Por tanto, no resulta razonable ni proporcionado (art. 36 CCA) que la primera sanción que la administración haya aplicado fuera la de caducidad del contrato"[196].

No obstante, el alto tribunal observa que "si bien, en principio, esta Sala ha sostenido que la administración no puede sancionar intempestivamente al contratista y declarar la caducidad del contrato, también es cierto que esta regla no es absoluta, pues en cada caso particular se determinará si había lugar o no a declarar la caducidad, o si es necesario previamente requerir al contratista para que se avenga a cumplir con el objeto de la prestación"[197].

473. *Las reglas contractuales guían al juez.* Estas sentencias confirman la existencia de un marco estrictamente legal del ejercicio de las prerrogativas de la administración contratante. El contrato, y sobre todo las reglas contractuales implícitas por disposición de la ley, indican al juez administrativo la amplitud de las prerrogativas de poder público que la administración puede desplegar para obtener la satisfacción de las finalidades de interés general.

474. El principio de legalidad de las prerrogativas de poder público implica en nuestro derecho una limitación importante de las cláusulas excepcionales con relación al derecho francés en el que forman parte de las reglas generales de los contratos administrativos, con independencia de la consagración legal.

---

adelantar un procedimiento en el que se le permita a la parte afectada ejercer su derecho de defensa. Se ha dicho que lo mínimo que debe hacer la entidad contratante es requerir al contratista para que cumpla el contrato".

195 Ídem.

196 CEC, Sección Tercera. 31 de agosto de 1999, Luz Elena Ramírez Echeverri, t. 401, fls. 46 a 103. En el mismo sentido, CEC, 25 de junio de 1999, GB Ingenieros Asociados Ltda., t. 398, fls. 57 a 65.

197 CEC, Sección Tercera. Auto del 5 de abril de 2001, M. Velasco y Cía S. en C., t. 449, fls. 191 a 198.

Enmarcadas por los textos, nuestras cláusulas excepcionales se caracterizan no por la manifestación de un poder jurídico de una parte sobre la otra, que existe con frecuenca en el derecho privado, sino por sus finalidades específicas en aras del buen funcionamiento del servicio público.

475. El legislador de 1993 no pretendió instaurar una igualdad entre las partes contratantes. Consciente de las particularidades de los contratos estatales, dada la presencia de una entidad estatatal, y sobre todo en razón de la misión de interés general implícita de manera más o menos fuerte en todo contrato estatal, reconoció la superioridad de la administración, quien es responsable de la dirección y el control del contrato. Sin embargo, también fue un propósito explícito del legislador el restringir las prerrogativas de las entidades contratantes a lo estrictamente necesario. Para ello era necesario recordar la fuerza de los compromisos contractuales de la administración y la limitación de ciertos de sus privilegios, así como describir de manera más clara y concreta los parámetros de ejercicio de las cláusulas excepcionales.

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO PRIMERO

476. El balance sobre los textos que consagran un espacio de libertad reconocido al administrador público y las restricciones surgidas de las reglas de derecho público es incierto. El legislador de 1993 no quiso asfixiar la autonomía de las entidades contratantes a través de reglas estrictas como las que caracterizaban el estatuto del Decreto Ley 222 de 1983. La presencia del derecho público en los contratos de la administración debía reducirse al mínimo indispensable para garantizar el cumplimiento de las finalidades de interés general. Pero ese mínimo se revela muy importante. Por una parte, debido a la existencia de reglas específicas del funcionamiento de la administración que desbordan el marco contractual, y por otra, debido a la especificidad de los valores en juego de la actividad contractual.

Las reglas presupuestales y las reglas sobre la selección de los contratistas no están sólo guidadas por la racionalidad de la gestión pública sino también, y tal vez sobre todo, por la obligación de respeto de ciertos valores constitucionales, tales como el rigor del gasto público, la imparcialidad de la administración o la igualdad de los candidatos ante las oportunidades de contratar con las entidades públicas. De igual manera, las prerrogativas de la administración contratante tienen diferencias substanciales con las desigualdades existentes en los contratos entre personas privadas. La legitimación y el límite de los poderes exorbitantes no pueden ser apreciados sin analizar las misiones y responsabili-

dades de la entidad contratante que desbordan los intereses estrictamente contractuales.

La recuperación del espacio contractual encuentra así una fuerte limitación, más aún si se tiene en cuenta que las posibilidades de libertad ofrecidas por los textos a los administradores públicos no se utilizan de manera general en toda su amplitud.

TÍTULO SEGUNDO
EL DESBORDAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA

477. *El peso de la tradición administrativa*. El frágil equilibrio del régimen jurídico de los contratos estatales, que mezcla los medios de derecho privado con las finalidades de derecho público, parece modificado por la evolución jurisprudencial. El juez administrativo, juez de todo contrato estatal, continúa profundamente ligado a la tradición del contrato administrativo y al interpretar los nuevos textos ha recuperado ampliamente el papel del derecho público a través de *la consolidación de las prerrogativas de poder público de la administración contratante* (cap. primero) y de la *aplicación jurisprudencial de la ecuación contractual* (cap. segundo).

CAPÍTULO PRIMERO

Consolidación de prerrogativas de poder público

477a. *Contradicciones legislativas.* El sistema de dosificación de las prerrogativas según el vínculo del objeto contractual con el servicio público impone una equivalencia entre régimen exorbitante y servicio público. Si la administración contratante goza de prerrogativas especiales porque ellas le permiten garantizar el correcto funcionamiento de los servicios públicos, hemos de concluir que el régimen jurídico de éstos es fundamentalmente exorbitante. Sin embargo, sabemos que la Ley 142 de 1994 sobre los servicios públicos domiciliarios instauró un régimen comercial y civil para los actos y contratos de las empresas públicas prestadoras de estos servicios. Esta concepción, coherente con la dinámica de las políticas de la gestión administrativa de los años 90, introdujo sin embargo problemas significativos en la concepción unitaria de la Ley 80, y sobre todo distorsionó el intento de un verdadero régimen jurídico mixto.

478. *Resistencia de la jurisprudencia*. A la categórica consagración del régimen privado de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios la jurisprudencia respondió con *la fuerza centrípeta del servicio público* (I), y por esta vía extendió las prerrogativas públicas en los contratos estatales con *fundamento en razones de Estado* (II).

I. FUERZA CENTRÍPETA DEL SERVICIO PÚBLICO

479. *Vigor renovado de los servicios públicos.* Las excepciones a la aplicación de la Ley 80 suscitaron fuertes reacciones en favor del mantenimiento de un sistema coherente, en ocasiones por parte de las leyes mismas, al establecer límites a la tendencia privatista, pero sobre todo por parte de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado que recordó ciertos principios fundamentales consagrados en la Carta de 1991 y en la Ley 80. En la interpretación de los textos la jurisprudencia resalta el vigor renovado de la noción de servico público que emerge como una noción faro en la Constitución, noción que orienta toda la función administrativa. Sin embargo, el resultado de este esfuerzo de conceptualización no es del todo claro. Las contradicciones de las leyes y la resistencia al cambio del modelo jurídico existente sacaron de nuevo a flote los antiguos problemas que habían promovido la reforma de la Ley 80.

La *renovación del valor del servicio público* (A) nos permitirá abordar las fuerzas conservadoras que han *reproducido las dificultades del antiguo criterio del servicio público* (B), el cual permitía identificar los contratos administrativos.

A. VALOR REFORZADO DEL SERVICO PÚBLICO

480. *El servico público: un valor constitucional.* Los servicios públicos ocupan un *lugar privilegiado en la Constitución de 1991* (1), lo que ha permitido enunciar su *papel fundamental en la orientación de la actividad contractual* (2) pese a que su aplicación concreta sigue siendo incierta.

1. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

481. *Responsabilidad del Estado frente a los servicios públicos.* El capítulo V del título XII de la Carta de 1991 sobre *la finalidad social del Estado y de los servicios públicos* califica éstos últimos de *inherentes a la finalidad social del Estado* (art. 365). Aunque puedan ser prestados por los particulares, el Estado conserva siempre un control fundamental, como lo han recordado la Corte Constitucional, a propósito de los contratos de concesión[1], y el Consejo de Estado, a propósito de los servicios públicos domiciliarios, campo en el que el Estado "deberá asegurar su prestación eficiente en todo el territorio nacional, mediante su regulación, control y vigilancia. Eficiencia que se entenderá cuando sean prestados de manera regular, general, uniforme, continua y obligatoria"[2]. Es en esta materia en la que la noción de servicio público tiene una importancia particular para nuestro estudio.

482. *Régimen jurídico de los servicios públicos: competencia legislativa.* Los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 fueron demandados en acción pública de inconstitucionalidad por cuanto, al consagrar un régimen de derecho privado para los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, instauraban en realidad una privatización de estos servicios, lo que resultaba contrario a los principios constitucionales que los protegen. La Corte Constitucional rechazó este argumento y declaró la constitucionalidad de los artículos demandados bajo dos argumentos[3].

En primer lugar, explica la Corte, no cabe duda que según la Constitución el Estado encuentra su fundamento en la prestación de los servicos públicos por cuanto, en su calidad de Estado social de derecho, busca servir a la comuni-

---

1 CCC, 6 de junio de 1996, Luis Alfonso Colmenares Rodríguez, C-250, proceso D-1064. En igual sentido, concepto del 16 de junio de 1997, Ministerio de Desarrollo Económico, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 931-97.

2 CEC. Auto del 23 de septiembre de 1997, Diego Giraldo Londoño, expediente 701, Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

3 CCC, 11 de febrero de 1997, Alberto Sepúlveda Villamizar, sentencia C-066-97, expediente D-1394.

dad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2.º). Los servicios más esenciales a los usuarios son por consiguiente los servicios públicos domiciliarios, que deben ser objeto de una especial atención en la medida en que el Estado satisface a través de ellos las necesidades fundamentales de la población. Esta noción es la consecuencia necesaria de la relación establecida por la Carta entre la prestación de los servicios públicos y ciertos derechos y garantías fundamentales reconocidos por ella a los individuos. Más aún, la razón de ser de los poderes y de las instituciones públicas es el funcionamiento de esos servicios, por cuanto su operación deficiente atenta contra derechos tan importantes como la vida, la integridad personal o la salud.

No obstante, aclara la Corte, la Constitución no definió el régimen jurídico de estos servicios y se limitó a relevar su importancia en las finalidades del Estado por tener éste la responsabilidad de satisfacer las necesidades en los campos de la salud, la educación, el medio ambiente y el agua potable, y con ello darles prioridades en los presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, según la prescripción del artículo 366 de la Carta[4]. La determinación de las modalidades y regímenes jurídicos que permiten el cumplimiento de estas misiones corresponde a la ley[5], y por ello la Corte no encontró incompatible con la Constitución el régimen de derecho privado de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Este régimen es coherente frente a las tendencias neoliberales, que la Corte no tiene competencia para juzgar por cuanto constituyen una decisión política del legislador, y puede ofrecer instrumentos que garanticen la eficacia y calidad de los servicios según las exigencias de la Constitución misma.

Bajo estos términos la ley consagra un difícil equilibrio entre medios de derecho privado y finalidades de derecho público, pero con el tiempo la balanza se ha inclinado a favor del régimen jurídico de derecho público debido a las orientaciones jurisprudenciales.

---

4 Art. 366 C. N.: "El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación".

5 Art. 365 C. N.: "… Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley…"

2. FUERZA DE LA FINALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

Atracción hacia el derecho público. La jurisprudencia tanto de la *Corte Constitucional* (a) como del *Consejo de Estado* (b) resalta el efecto de atracción hacia el derecho público por la presencia de servicios públicos.

a. LA CORTE CONSTITUCIONAL

483. *Principios de derecho público en la interpretación de los textos.* Pese a la aplicación del derecho privado en los servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional recuerda cómo la Ley 142 de 1994 estableció en su artículo 30 que "las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios". Los principios del título preliminar, esto es, el de intervencionismo del Estado en los servicios públicos (art. 2.º) y sus instrumentos de realización (art. 3.º), los derechos de los usuarios (art. 9.º) y la función social de la propiedad de las entidades prestadoras de servicios públicos (art. 11), son de derecho público. La Corte concluye que, contrariamente a lo que se pudiera pensar, la aplicación del derecho privado no conlleva la privatización del sistema por cuanto el conjunto de estas disposiciones indica que las empresas de servicios públicos deben siempre respetar los principios que guían su actividad[6].

b. EL CONSEJO DE ESTADO

484. *Restricción de la regla general de aplicación del derecho privado.* La jurisprudencia administrativa ha limitado la regla general de los artículos 31 y 32 sobre la aplicación integral del derecho privado en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios al concebir que estas disposiciones tienden en el fondo a simplificar las actividades no ligadas a sus funciones no administrativas.

485. *Análisis del conjunto de contratos de las empresas.* A raíz de una demanda contra una empresa de servicios públicos domiciliarios por el incumplimiento

---

6 CCC, 11 de febrero de 1997, Alberto Sepúlveda Villamizar, sentencia C-066-97, expediente D-1394. En igual sentido, concepto del 5 de diciembre de 1995, Ministerio de Minas y Energía, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 750-95.

de un contrato de venta de aparatos telefónicos, el Consejo de Estado realizó un estudio general de los contratos de este tipo de empresas[7].

486. *Múltiples excepciones a la regla general del derecho privado.* El alto tribunal recuerda el espíritu unificador de la Ley 80, ratificado por las debates parlamentarios que la precedieron, para luego hacer una descripción de las distintas excepciones a su aplicación, lo que sirve de preámbulo al análisis concreto de la consagración del derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, ordenado por los artículos 31 y 32 de la Ley 142. Sobre este punto, el Consejo de Estado explica la razón del reenvío *particular* que hace el artículo 31 a la Ley 80[8]. El proyecto de ley presentado por el Gobierno preveía la aplicación de la Ley 80 en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, pero en los debates parlamentarios prevaleció el propósito de identificar la idea de eficacia con el derecho privado. El resultado fue una redacción engañosa por cuanto la supuesta concordancia con el Estatuto de la Ley 80, enunciada por el título del artículo, se ve desmentida por el envío al parágrafo 1.º del artículo 32 de esta ley que justamente consagra su inaplicación a ciertos contratos[9]. Este aspecto es importante en la medida en que el régimen privado consagrado de manera expresa por el artículo 32 de la Ley 142 no resulta coherente con la filosofía general de la ley que impone el reconocimiento de múltiples y significativas excepciones[10].

A los principios generales del capítulo preliminar que recordamos antes es necesario adicionar "ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como son los actos administrativos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación dictados por dichas empresas", cuya competencia en caso de litigio corresponde a la jurisdicción administrativa. Además, el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 142 hace referencia a los contratos que tienen un vínculo estrecho con el servicio público y a

---

7 CEC, auto del 23 de septiembre de 1997, Diego Giraldo Londoño, cit.

8 Art. 31 Ley 142 de 1994: "*Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública*. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa…".

9 Parág. 1.º art. 32 Ley 80 de 1993: "Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades".

10 El artículo 3.º de la Ley 689 de 2001 modificó el artículo 31 de la Ley 142 para excluir claramente la aplicación de la Ley 80. Volveremos sobre este punto: infra n.º 495.

los cuales no se les aplica el derecho privado, en virtud del parágrafo del artículo. Estos contratos son los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, y de acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones. Y finalmente, la regla general del régimen de derecho privado en todos los otros contratos no impide que el mismo artículo 31 otorgue competencia a las comisiones de regulación de servicios públicos para determinar los contratos en los que las empresas pueden incluir cláusulas exorbitantes e incluso obligarlas, cláusulas cuyo ejercicio es controlado por la jurisdicción administrativa[11].

487. *Creación jurisprudencial de una nueva excepción.* A estos casos de excepción a la aplicación del derecho privado previstos expresamente por la ley el Consejo de Estado adicionó otro no contemplado por el legislador: *el contrato de servicios públicos* entre la empresa y el usuario definido por el artículo 128 de la Ley 142 de 1994. Al interpretar la definción de este contrato[12], su régimen jurídico mixto[13],

---

11 De manera general, Julio César Cárdenas Uribe resalta cómo, a pesar de la aplicación del derecho privado, los contratos de las empresas públicas domiciliarias con participación pública han de regirse por principios de derecho público debido al cumplimiento de una función administrativa que impone la aplicación de los principios constitucionales del artículo 209 de la Carta. Así, el régimen de selección de contratistas deberá respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En el mismo sentido, el régimen de inhabilidades tanto de la Ley 80 como de las normas especiales ha de aplicarse a las empresas, pese a su interpretación bajo las particularidades de los servicios públicos domiciliarios (art. 44.4 de la Ley 142 de 1994). Julio César Cárdenas Uribe. *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 58 y ss.

12 Art. 128 Ley 142 de 1994: "*Contrato de servicios públicos*. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios. Los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta ley. Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores".

13 Art. 132 Ley 142: "*Régimen legal del contrato de servicios públicos*. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular".

y con base en la sentencia de la Corte sobre su constitucionalidad[14], el Consejo de Estado llama la atención sobre los elementos reglamentarios de este *contrato de condiciones uniformes* que impiden su calificación de derecho privado, en la medida en que se se superponen a sus cláusulas de tal derecho. De manera similar al contrato estatal, la aplicación del derecho privado no es integral. El contrato de condiciones uniformes "crea entre las partes una relación de derecho público [y] está sujeto reglamentariamente, en principio, a la Ley 142 y a otras normas de derecho público, además de estar sometido al derecho privado, ya que presenta un doble régimen o, mejor, un régimen mixto o especial"[15]. Bajo estas observaciones el Consejo de Estado concluyó que los litigios originados en ellos han de ser resueltos por la jurisdicción administrativa.

488. *El servicio público: un valor unificador.* El servicio público, renovado por las nociones constitucionales, se convierte en la noción clave de los contratos de la administración. Ante las dificultades de la noción unificadora del contrato estatal fomentadas por la misma Ley 80, y sobre todo por las leyes especiales que crearon excepciones a su aplicación, la noción de servicio público permite identificar las *pistas* para atribuir la competencia de la jurisdicción administrativa o de la jurisdicción ordinaria, así como el régimen adminstrativo o privado de los contratos. Pero la dinámica de oposición al cambio de las nociones de base, no sólo por parte de la jurisprudencia sino también por parte del legislador mismo, crea el riesgo de restablecer el antiguo problema de la identificación del *contrato estatal* que ha remplazado en últimas al tradicional *contrato administrativo*.

B. RETORNO AL CRITERIO DEL SERVICIO PÚBLICO

489. *El criterio de indentificación del contrato… estatal: ¿un problema ineludible?* La importancia dada al servicio público genera una doble aproximación al problema de la aplicación del derecho público a los contratos de la administración. Por un lado, el servicio público legitima los poderes reconocidos a la administración contratante e incluso al particular que tiene a su cargo la prestación de ciertos servicios públicos. La Corte Constitucional ha explicado cómo los poderes de control y de dirección de la administración contratante son de orden constitucional cuando se ejercen con la finalidad del buen funcionamiento de los servicios públicos, en la medida en que estos últimos constituyen una responsabilidad del Estado, según el artículo 366 de la Carta[16]. Y, por otro lado, las

---

14 CCC, 13 de junio de 1996, José Bastos Porras, D-1059, sentencia C-263-96.

15 CEC. Auto de Sala Plena del 23 de septiembre de 1997, Diego Giraldo Londoño, cit.

16 CCC, 6 de junio de 1996, Luis Alfonso Colmenares Rodríguez, C-250, proceso D-1064.

prerrogativas reconocidas a la administración revelan un vínculo con el servicio público, por cuanto implican el ejercicio de *funciones administrativas*[17], y por consiguiente exigen la aplicación del derecho administrativo. Esta dependencia recíproca hace revivir el antiguo criterio de identificación de los contratos administrativos basado en el servicio público.

490. *Un criterio incierto.* El análisis de la jurisprudencia muestra la reactivación de las inseguridades derivadas del criterio del servicio público por la vaguedad de la noción de servicio público que *se confunde fácilmente con el simple interés general* (1), y tanto el derecho positivo como la jurisprudencia no pueden escapar al problema fundamental del derecho francés, esto es, la *determinación del vínculo directo entre el contrato y el servicio público* (2).

1. SERVICIO PÚBLICO E INTERÉS GENERAL

491. *Noción amplia del servicio público.* Compleja en sí misma, la noción de servicio público es aún más delicada cuando se trata de establecer su vínculo con el contrato. Aunque se afirma que la noción del servicio público no tiene un sentido particular en el criterio de identificación del contrato administrativo, con frecuencia es concebida en el sentido amplio de su definición *material*, bajo la expresión *misión de servicio público*. Pero así entendida se confunde con la *finalidad de interés general*, que justamente constituye el aspecto incierto de la noción misma de servicio público, dado su carácter en extremo general.

492. *Noción vaga de la concesión.* El contrato de concesión concreta una manifestación de la concepción *atrapa todo* del servicio público. El maestro VEDEL[18] nos recuerda que la concesión es uno de los términos más vagos del derecho administrativo, que se utiliza para designar múltiples operaciones que no tienen mayor cosa en común, salvo su fundamento en una autorización administrativa. Ella comprende en el derecho francés tanto las concesiones de cementerios como las de propiedades en los territorios de ultramar y las concesiones para la construcción de represas. Por el contrario, las expresiones *concesión de servicio público* y *concesión de obras públicas* tienen características similares y más precisas en torno de las cuales se consolidó la teoría del contrato administrativo francés al co-

---

17 CCC, 13 de junio de 1996, José Bastos Porras, cit., y CEC, auto del 23 septiembre de 1997, Diego Giraldo Londoño, igualmente citado. Ver en este sentido supra n.os 42 y ss., cómo la jurisprudencia restringe las excepciones a la aplicación de la Ley 80 en los regímenes especiales, sobre la base del criterio de la competencia jurisdiccional administrativa fundado en el ejercicio de una función administrativa.

18 *Derecho administrativo*, 6.ª ed., Madrid, Aguilar, 1980, citado por el Consejo de Estado en la sentencia del 19 de junio de 1998, Alberto Antonio Mendoza Daza, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. 374, fls. 45 a 83.

mienzo del siglo XX. Uno de esos elementos fundamentales es el servicio público en cuanto actividad directamente relacionada con el contrato.

En nuestro derecho, ciertos bienes públicos objeto de *concesiones*, en sentido amplio, han estado sujetos a reglamentación especial. Entre ellos encontramos el petróleo y la gran minería, cuya importancia ha ameritado la creación de códigos para su régimen[19]. En otros casos, el bien dado en *concesión* es de primordial importancia para la comunidad, como el agua y otros recursos naturales, tanto más después de la Constitución de 1991 que otorgó una relevancia fundamental al medio ambiente[20]. Estos contratos tienen en común el permitir la explotación de un bien público por parte de los contratistas, que en contrapartida remuneran a la entidad concesionaria de múltiples formas. El interés general implícito en ellos es evidente por tratarse de riquezas del Estado, lo que justifica los poderes particulares de la administración contratante. "Debe tenerse en cuenta, explica el Consejo de Estado, que a través de este contrato el Estado transfiere al concesionario derechos y prerrogativas sobre un recurso propiedad del Estado, y se confiere en su favor un derecho público subjetivo de explotar en forma privativa y exclusiva una porción determinada de ese bien que constituye recurso natural agotable, lo que amerita que las potestades de control y dirección del contrato se tengan mientras exista la relación contractual"[21].

Sin embargo, su vínculo con el servicio público no existe de manera directa, a menos que éste se identifique con el interés general. Esta amalgama entre las nociones parece inspirar las decisiones de la jurisprudencia. con la inseguridad jurídica que ello conlleva[22].

2. VÍNCULO DIRECTO CON EL SERVICIO PÚBLICO

493. *Una condición esencial.* La Corte Constitucional define la concesión como "contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos [...] Su objeto está *directamente* relacionado, por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales"[23] (cursiva fuera de texto). Pero el Consejo de Estado, por su

---

19 Código de Petróleos (Dcto. Ley 2655 de 1953) y Código de Minas (Ley 57 de 1987 y Dcto. 2655 de 1988, derogado por la Ley 685 del 15 de agosto de 2001).

20 Código de Recursos Naturales (Dcto. Ley 2811 de 1974) y leyes 99 de 1993 y 161 de 1994.

21 CEC, Sección Tercera. 6 de noviembre de 1997, Cesar Enrique Caicedo López, t. 358, fls. 253 a 283.

22 Sobre la diferencia entre la concesión de obra y la concesión de bienes públicos, S. MONTES, "Principales contratos estatales", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 271.

23 CCC, 6 de junio de 1996, Luis Alfonso Colmenares Rodríguez, C-250, proceso D-1064.

parte, pese a citar la noción de concesión de la Ley 80, integralmente ligada al servicio público[24], concluye que "puede decirse que la concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, la explotación de un bien estatal"[25]. La relación directa entre el objeto contractual y la misión de servicio público resaltada por la Corte Constitucional no parece entonces esencial en la noción de la concesión de la jurisdicción administrativa.

494. *Una difícil determinación.* Esta disparidad conceptual de la noción es grave porque la evolución del derecho positivo y la jurisprudencia hacen de la determinación del vínculo con el servicio la clave para la calificación de ciertos contratos estatales, y las decisiones jurisdiccionales no son homogéneas. Hemos visto que la función administrativa desarrollada por las empresas de servicios públicos en el contrato de condiciones uniformes permitió al Consejo de Estado sustraer estos contratos de la jurisdicción ordinaria y calificarlos implícitamente de estatales[26], lo que le permite declararse competente en los procesos ejecutivos que tienen origen en facturas de electricidad de las empresas públicas domiciliarias[27]. Por el contrario, la compra de energía eléctrica de estas empresas es considerada de derecho privado[28], así como un contrato que tuvo por objeto la inspección de obras eléctricas[29]. Y sin embargo, un concepto del alto tribunal califica de estatales los contratos *tipo* definidos por el artículo 32 de la Ley 80, sin tener en cuenta la actividad, lo que comprendería estos servicios[30], y la Sección

---

24 Num. 4 art. 32 Ley 80 de 1993: "*Contrato de concesión*. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, *de un servicio público*, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien *destinados al servicio o uso público*, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden" (cursiva fuera de texto).

25 CEC, Sección Tercera. 19 de junio de 1998, Alberto Antonio Mendoza Daza, t. 374, fls. 45 a 83.

26 Supra n.º 44.

27 CEC, Sección Tercera. Auto del 12 de marzo de 1998, Electrificadora de Sucre S. A., t. 366, fls. 113 a 118; auto del 29 de abril de 1998, Empresa Antioqueña de Energía, t. 370, fls. 74 a 79.

28 CEC, Sección Tercera. Auto del 7 de mayo de 1998, Empresas Públicas de Medellín, t. 372, fls. 150 a 152; auto del 22 de octubre de 1998, Empresa de Energía de Arauca E. S. P., t. 383, fls. 221 a 225.

29 CEC, Sección Tercera. Auto del 19 de febrero de 1998, Avila Sánchez, Hernando, t. 364, fls. 96 a 101.

30 CEC. Concepto del 20 de agosto de 1998, Ministerio de Salud, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1127-98.

Tercera recuerda la naturaleza estatal de los contratos de obra aun cuando sean realizados por una empresa de servicios públicos domiciliarios[31].

El Consejo de Estado adopta en ocasiones un criterio estrictamente orgánico para asumir la competencia frente a ciertos contratos. Es el caso de los hospitales empresas sociales del Estado, "cuyos contratos están sometidos a las normas del derecho privado, por disposición expresa del numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, pero son juzgables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que es la competente para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración, sin que para ello obste que el régimen aplicable sea especializado o particular (art. 82 CCA)"[32]. Pero en otros casos, adoptando un criterio material, encuentra que el vínculo estrecho entre la entidad estatal y el servicio público impone la competencia del contencioso administrativo:

> Los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado, para cumplir con la finalidad estatal de la prestación del servicio público de salud, si bien en su forma y celebración se sujetan a las disposiciones del derecho privado, no por ello dejan de ser contratos de la administración pública, tanto así que está prevista la inclusión de las cláusulas exorbitantes, que sólo son propias de la contratación estatal y, por lo tanto, el conocimiento de las controversias que puedan surgir del desarrollo de los mismos corresponde, por lo menos en lo que al desarrollo de tales cláusulas se refiere, de manera exclusiva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo[33].

495. *Competencia administrativa derivada de la Ley 446 de 1998.* Esta ley introdujo una dificultad complementaria al modificar el Código Contencioso Administrativo y atribuir a la jurisdicción administrativa competencia sobre los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos cuando su *finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio*[34]. Las consecuencias de la exigencia de un *vínculo directo con el servicio* se han manifestado ya en ciertas decisiones judiciales. El Consejo de Estado rechazó la aprobación de una conciliación entre una empresa de electricidad y un municipio sobre el

---

31 CEC, Sección Tercera. Auto del 26 de marzo de 1998, Luis Alberto Perdomo Sabi, t. 368, fls. 391 a 397

32 CEC, Sección Tercera. Auto del 19 de abril de 2001, Hospital San Antonio de Soatá, t. 447, fls. 264 a 280.

33 Veremos más adelante cómo la jurisprudencia no ha limitado su competencia a las cláusulas exorbitantes, sino que la ha extendido al juzgamiento de todo el contrato que las incluye: infra n.º 509. En realidad, este criterio también es aplicado en este auto por cuanto se trata de la aprobación de una conciliación en la que no estaba en discusión ninguna cláusula exorbitante.

34 Art. 134B CCA (adicionado por art. 42 de la Ley 446 de 1998): "*Competencia de los jueces administrativos en primera instancia*. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: […] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

pago del servicio de electricidad, pese a que el acuerdo reconocía el pago de servicios fruto del contrato de prestación de servicios públicos, paradigma del vínculo directo con el servicio[35]. De igual manera rechazó su competencia frente a la adjudicación de contratos de operación, mantenimiento y administración de acueductos municipales al afirmar que "el caso presente no es precisamente de los que comportan una relación empresa-usuario; no hay duda que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria"[36].

496. *¿Cambio jurisprudencial?* Además, el Consejo de Estado ha puesto en duda la jurisprudencia de la Sala Plena, según la cual los contratos de prestación de servicios con los usuarios son juzgados por la jurisdicción contencioso administrativa[37]. Frente a un litigio entre usuarios y la empresa de servicios públicos EIS Cúcuta ESP, la alta corporación consideró que el artículo 42 de la Ley 446, que venimos de comentar, fue derogado por el artículo 84 de la Ley 489 de 1998 cuando prescribe que "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen". Por consiguiente, hoy no sería procedente analizar el vínculo directo con el servicio por parte del contrato, para deducir de ello la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sino atender el mandato del artículo 31 de la Ley 142 que impone la regla general de aplicación del derecho privado y, por ende, de jurisdicción ordinaria. El Consejo de Estado concluye:

> ... que el conocimiento de las controversias que acaezcan con ocasión del contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios corresponde a la justicia ordinaria, salvo que las conductas de conflicto provengan de los actos precontractuales cuando en los pliegos de la licitación se indique, en la minuta del contrato, que en éste se contendrán cláusulas exorbitantes; de las relacionadas con sus contratos cuando en estos se contengan cláusulas exorbitantes; de los "actos administrativos contractuales" referidos a la utilización de las cláusulas exorbitantes (inc. 2.º art. 31 Ley 142 de 1994), de una parte, y, de otra, a los dictados dentro de la relación empresa-usuarios atinentes a la suspensión, terminación, corte y facturación (arts. 140, 141 y 154 Ley 142 de 1994)[38].

---

35 CEC, Sección Tercera. Auto del 13 de agosto de 1998, Empresa Antioqueña de Energía EADE, t. 377, fls. 387 a 392.

36 CEC, Sección Tercera. Auto del 22 de octubre de 1998, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S. A. E. S. P., t. 385, fls. 256 a 264. En igual sentido, auto del 18 de marzo de 1999, Consorcio Ingenieros Sepúlveda Arango Ltda. INGSA Ltda., Alvaro Diego Sepúlveda, Jorge Arturo Lopera, Rodrigo Lenis, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. 392, fls. 249 a 256.

37 Supra n.os 44 y 487.

38 CEC, Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2001, Romelia Villamizar de Chacón, t. 470, fls. 346 a 356.

Nos parece sin embargo que la Ley 489 no es contraria al artículo 42 de la Ley 446. El auto de Sala Plena del 23 de septiembre de 1997 realizó un estudio sistemático de la Ley 142 para concluir que en los contratos de servicios públicos con los usuarios (art. 128) existe un vínculo tan estrecho con el servicio público que no puede dar lugar a la exclusión del derecho público, y por ende la jurisdicción administrativa es competente para juzgar los litigios que de ellos se deriven[39].

No obstante, al día siguiente de este auto, el Consejo de Estado recordó que "la Sala Plena de esta corporación[40] ha precisado que dicha competencia [administrativa] opera solo en cuanto se refiere a los contratos de prestación de servicios regulados en los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y a los demás que contengan cláusulas exorbitantes"[41], con lo cual conservaría su competencia frente a los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios. Es más, en el auto del 8 de febrero de 2001, el Consejo de Estado había ya considerado que la aplicación del derecho privado a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios "no puede entenderse de manera que puedan dejarse por fuera del control de esta jurisdicción otra clase de contratos propios del giro ordinario de las empresas prestadoras de servicios públicos, que no obstante no contener cláusulas excepcionales al derecho común o exorbitantes como las calificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, ni referirse a la relación jurídica empresa-usuario (art. 128), ni ser el de concesión de recursos naturales o del medio ambiente (art. 39.1), tienen una finalidad que está vinculada directamente a la prestación del servicio, tal como lo estableció la Ley 446 de 1998 (art. 40 n.os 5 y 42), que modifica el artículo 132 y adiciona el 134 B del CCA"[42].

Por consiguiente, la mayoría de los contratos estarían sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa en la medida en que su calificación de *contratos propios del giro ordinario* de este tipo de empresas será condición suficiente para identificar un vículo directo con la prestación del servicio. Este criterio extensivo se vería además confirmado por otro argumento, desarrollado tanto en el mismo auto como en otros pronunciamientos a partir del auto del 23 de septiembre de 1997, según el cual el desarrollo de una función administrativa por parte de estas empresas tiene como consecuencia, de un lado, que los contratos

---

39 En este sentido, CÁRDENAS URIBE J. C. *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, cit., p. 77.

40 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 23 de septiembre de 1997, expediente S-071.

41 CEC, Sección Tercera. Auto del 13 de diciembre de 2001, Alcanos de Colombia S. A., t. 471, fls. 64 a 72.

42 CEC, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2001, Nación; Ministerio de Minas y Energía, t. 438, fls. 358-381.

sean calificados de estatales, *en sentido genérico*, y por otro, que la jurisdicción administrativa sea competente, en virtud del artículo 82 del Código Contencio Administrativo[43].

La Ley 689 de 2001, por la cual se modificó parcialmente la Ley 142 de 1994, refuerza la atracción hacia el régimen administrativo, pese a que parte del postulado de la aplicación del derecho privado.

El artículo 3.º de esta ley modifica el artículo 31 de la Ley 142 al excluir los contratos de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos de la aplicación de la Ley 80[44]. De esta manera el legislador corrige el reenvío engañoso al parágrafo del artículo 32 de esta última ley, del que nos ocupamos antes, cuando explicamos que la jurisprudencia había considerado que el texto inicial del artículo 31 excluía la aplicación del estatuto general de contratación[45]. Por consiguiente, la concepción jurisprudencial no debería cambiar en este aspecto.

En segundo lugar, el artículo 3.º de la Ley 689 ratifica en su inciso 2.º la posición del Consejo de Estado sobre la unidad de jurisdicción, según la cual la inclusión de cláusulas exorbitantes genera el control por parte de la jurisdicción administrativa no sólo del ejercicio de estas cláusulas, sino también de todos los litigios relacionados con el contrato[46].

En fin, el parágrafo del mismo artículo 3.º introdujo una nueva modalidad de contrato al prescribir que los que "celebren las entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la

---

43 Tuvimos ya oportunidad de desarrollar estas dos consecuencias en los n° 42 y ss. Sobre la evolución jurisprudencial con relación al juez del contrato de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Ver Cárdenas Uribe J. C. *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, cit., pp. 73 y ss.

44 Art. 3.º Ley 689 de 2001: "Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así: Artículo 31. *Régimen de la contratación*. Los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposicones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa…".

45 Supra n.º 486.

46 Inc. 2.º art. 3.º Ley 689 de 2001: "Las comisiones deregulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las comisiones de regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio positivo…".

Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

Se trata, en nuestro sentir, de una modalidad de concesión, y no de una alternativa a los contratos de servicios públicos con los usuarios, como lo sugería la primera edición de este libro, en la medida en que a través de estos contratos la entidad territorial confía a una empresa la prestación de un servicio que originalmente está a su cargo o sobre el que tiene responsabilidad, en caso de las empresas prestadoras del servico que entren en causal de disolución o liquidación. CÁRDENAS URIBE considera que este tipo de contratos no corresponde a la concesión, por cuanto cualquier empresa puede prestar el servicio en la entidad territorial correspondiente, en virtud del principio de la libertad de empresa que gobierna los servicios públicos domiciliarios. Por consiguiente, los contratos posibles pueden ser los de compraventa o arrendamiento de los bienes necesarios para la prestación del servicio, o bien, los contratos de gestion, BOOT o *joint venture*[47]. Sin embargo, el principio de la libre competencia no parece oponerse a la calificación del contrato de concesión, por cuanto éste no exige que la actividad objeto del contrato sea un monopolio público. Además, los ejemplos de tipos de contratos enunciados adquieren elementos de derecho administrativo importantes cuando se refieren a los servicios públicos, lo que los acerca a su versión *ius publicista*, esto es, al contrato de concesión. Y por último, no se puede olvidar que por expresa intensión del legislador a estos contratos se les aplica el Estatuto Contractual de la Administración Pública.

Como podemos apreciar, el régimen no se simplifica y los múltiples criterios parecen abrir la puerta a soluciones contradictorias en los contratos de servicios. En un concepto el Consejo de Estado concluyó que la ley obliga a distinguir el contrato de servicio *público*, definido por la Ley 80 y que tiene un *vínculo directo* con el servicio, del contrato de servicio *comercial*, que no lo tiene[48]. El Consejo de Estado adopta en ocasiones una posición restringida bajo la cual el artículo sólo se refiere a los contratos de condiciones uniformes entre usuarios y empresa, únicos relacionados directamente con la prestación del servicio. Bajo esta concepción, la jurisdicción administrativa no es competente frente a un contrato cuyo objeto es la administración misma de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo de un municipio[49]. Pero en otras decisiones la alta corporación concibe el vínculo de manera más amplia, no con

---

47 *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, cit., pp. 134 y 139.

48 CEC. Concepto del 20 de agosto de 1998, Ministerio de Salud, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1127-98.

49 CEC, Sección Tercera, auto del 15 de mayo de 2003, Frego Ltda., t. 525, fls. 246-261

la prestación misma del servicio a los usuarios, sino con el servicio público domiciliario en general. Es así como concluye que en el "contrato suscrito por dos empresas de servicios públicos, con el objeto de que Termorío suministrara a Electranta energía eléctrica por un término superior a veinte (20) años, para ser distribuida por esta última a sus usuarios, es inequívoco que se trata de un contrato directamente vinculado a la prestación del servicio público de energía eléctrica"[50]. Y, sin embargo, en este caso no sólo estamos lejos del vínculo directo con los usuarios, sino que también podemos poner en duda el que haya un vínculo directo con el servicio público domiciliario, por cuanto el contrato tan sólo regula la compra de energía, sin que ello tenga incidencia *directa* sobre su gestión, verdadero campo del servicio público. En otras ocasiones el Consejo de Estado no analiza la particularidad del contrato. Así se declaró competente en un proceso ejecutivo contra una empresa de acueducto, alcantarillado y aseo originado en la compraventa de varios camiones para la empresa, sin analizar si el objeto contractual constituía un "vínculo directo con la prestación del servicio"[51].

La similitud con las incertidumbres de las decisiones jurisprudenciales francesas que vimos en el capítulo precedente[52] no permiten ser optimistas frente a la evolución de nuestra jurisprudencia en la materia.

497. El servicio público es un indicador de la necesidad de brindar a la administración contratante medios para que pueda garantizar las finalidades de interés general inherentes al contrato. Sobre esta observación el Consejo de Estado recuperó ciertos contratos en los que en principio el legislador había previsto la aplicación del derecho privado y limitó así la concepción neoliberal de los servicios públicos sujetos a la concurrencia económica, inspiradora de las leyes respectivas.

Sin embargo, la fusión del servicio público con el interés general impide la plena aplicación de la dosificación de las prerrogativas de poder público según la presencia del servicio público prevista en la Ley 80. Con esta tendencia la vocación unificadora del régimen contractual de la ley es remplazada por un sistema dual: contrato privado-contrato estatal, y la diferencia entre éste y el antiguo contrato administrativo se reduce a un problema formal de terminología.

---

50 CEC, Sección Tercera, sentencia del 1.° de agosto de 2002, Electrificadora del Atlántico-Electranta S. A., exp. 21041, t. 490. En el mismo sentido, auto del 21 de junio de 2002, Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A, t. 487, fls. 108-112.

51 CEC, Sección Tercera, 14 de febrero de 2002, Sociedad Magdalena Motor Ltda., t. 475, fls. 343-357.

52 Supra n.° 403.

II. JUSTIFICACIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO: UNA "RAZÓN DE ESTADO"

498. *Las prerrogativas no se limitan a las cláusulas excepcionales.* La base mínima de prerrogativas de poder público aplicable a los contratos de la administración parte de la existencia de normas impuestas a las entidades estatales. Hemos visto que éstas deben observar las disposiciones del derecho público en la formación de su voluntad así como en la realización de sus gastos[53]. Aun cuando estas obligaciones no implican automáticamente la presencia de prerrogativas de poder público en la ejecución de sus contratos, en la medida en que la naturaleza privada o pública de éstos es en principio independiente de los procedimientos de formación de la voluntad administrativa, generan consecuencias importantes. El respeto de las normas sobre la selección objetiva, por ejemplo, tiene efectos sobre la ejecución del contrato y autoriza a la entidad estatal a ejercer controles particulares. Estas prerrogativas no son calificadas como tales por los textos pero constituyen privilegios exorbitantes que existen en todos los contratos. De esta manera podemos identificar *prerrogativas contractuales distintas de las cláusulas excepcionales* (A). Con una interpretación más general, el Consejo de Estado ha afirmado la existencia de *prerrogativas extracontractuales* (B).

A. PRERROGATIVAS CONTRACTUALES DISTINTAS DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

499. *Poderes imposibles en derecho privado.* La Ley 80 establece dos tipos de *prerrogativas existentes en todos los contratos estatales* (1), independientes de las estipulaciones de las partes, que constituyen poderes exorbitantes en sentido estricto, frente a los contratos entre particulares, es decir, poderes que no pueden existir en sus relaciones jurídicas. Además, el derecho positivo permite la *inclusión de cláusulas excepcionales en un gran número de contratos* (2).

1. PRERROGATIVAS IMPLÍCITAS

La administración contratante goza de dos poderes en todos los contratos estatales: *la liquidación unilateral del contrato* (a) y su *terminación unilateral fundada sobre ciertas nulidades contractuales* (b).

---

53 Supra n.os 306 y ss.

a. LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

500. *Noción de la liquidación.* La jurisprudencia del Consejo de Estado define la liquidación del contrato como el balance finananciero realizado al final de la ejecución de los contratos de tracto suscesivo, lo que permite determinar los créditos entre las partes. Como lo afirma con frecuencia, "es una operación administrativa que sobreviene a la finalización normal o anormal del contrato (en todos los casos en que por ministerio de la ley o por la naturaleza del contrato es indispensable hacerla), con el propósito de establecer, de modo definitivo entre las partes contractuales, cuál de ellas es deudora, cuál acreedora y en qué suma exacta"[54]. En principio las partes realizan este balance final de forma amigable, de tal suerte que constituye la última ocasión de solucionar sus diferencias surgidas de la ejecución del contrato, como lo prevé el artículo 60 de la Ley 80[55].

501. *La liquidación unilateral.* Pero si ello no es posible, la administración contratante conserva la prerrogativa de hacerlo de manera unilateral a través de un acto contractual[56], prerrogativa ajena por completo a las relaciones entre particulares y expresamente prevista por el artículo 61 de la Ley 80[57]. Como todo acto administrativo, la liquidación proferida por la entidad contratante de manera unilateral está provista de la presunción de legalidad que obliga al con-

---

54 CEC, Sección Tercera. 6 de julio de 1995, Helder Martínez Naranjo, t. 282, fls. 246 a 277; 17 de agosto de 1995, José Humberto Vanegas Ramirez, t. 285, fls. 80 a 89; 6 de octubre de 1997, Murrle & Rodas Ltda., Sala Plena, S-561; 25 de febrero de 1999, Paconar Ltda. Contratistas, t. 391, fls. 96 a 126; 25 de noviembre de 1999, Néstor Carrillo Gutiérrez, t. 407, fls. 274 a 297.

55 Art. 60 Ley 80 de 1993: "*De su ocurrencia y contenido*. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo…". Sobre la posibilidad de conciliaciones consignadas en la liquidación del contrato, CEC, Sección Tercera. 26 de noviembre de 1996, Edilberto Torres Rodríguez, t. 319, fls. 217 a 224; auto del 3 de diciembre de 1998, Industria Licorera del Huila, t. 386, fls. 280 a 290.

56 CEC, Sección Tercera. 29 de agosto 1995, De la Peña Santander Asociados Ltda., t. 286, fls. 120 a 142; 6 de julio de 1995, Helder Martínez Naranjo, t. 282, fls. 246 a 277; HERRERA. "Régimen de la exorbitancia", cit., p. 180; PINO RICCI. "El régimen de la exorbitancia, las cláusulas obligatorias, multas y penal pecuniaria", cit., p. 213.

57 Art. 61 Ley 80 de 1993: "*De la liquidacion unilateral*. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición". Con todo, tuvimos ocasión de reseñar la jurisprudencia reciente sobre ciertas declaraciones de las liquidaciones unilaterales que no contienen el ejercicio de prerrogativas de poder público y que por consiguiente no son consideradas como actos administrativos (supra n.º 447.a).

tratista inconforme a demandarlo ante la jurisdicción admininistrativa para obtener su anulación[58].

502. *Control estricto de este poder.* El juez administrativo controla la liquidación unilateral vigilando su conformidad con los principios legales. Si bien es cierto el Consejo de Estado no pone en duda la existencia de este poder unilateral en cabeza de las entidades contratantes[59], y niega las pretensiones que no logran probar la ilegalidad de la decisión administrativa[60] o las pretensiones indemnizatorias que no incluyen de manera expresa la anulación de la liquidación[61], es exigente en el análisis del ejercicio del poder y anula las liquidaciones que no tienen en cuenta el valor de los trabajos complementarios reconocidos[62] o el desequilibrio financiero en detrimento del contratista[63], así como las que contienen errores aritméticos[64] e incluso los errores de cálculo de las sumas deducidas al contratista como consecuencia de la aplicación lícita de la caducidad[65]. El Consejo de Estado recuerda que no se trata de un privilegio discrecional sino de un poder enmarcado por los términos de la ley[66].

b. Terminación unilateral fundada sobre la nulidad contractual

503. *Poder de la administración.* La Ley 80 confirmó esta prerrogativa de poder público existente bajo el antiguo estatuto contractual de 1983, cuyo ejercicio es posible frente a la existencia de ciertos vicios de nulidad absoluta del contrato[67]. El artículo 45 obliga al responsable del contrato a terminarlo y liquidarlo cuando ha habido una violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades, cuando el contrato ha sido celebrado contra expresa prohibición consti-

---

58 Ídem., y CEC, Sección Tercera. 9 de mayo de 1994, Otoniel Varela Arias, t. 229, fls. 313 a 332; 16 de febrero de 2001, American Pipe and Construction International, t. 440, fls. 121 a 175.

59 CEC, Sección Tercera. 6 de julio de 1995, Helder Martínez Naranjo, t. 282, fls. 246 a 277.

60 CEC, Sección Tercera. 22 de abril de 1996, La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A., t. 305, fls. 375 a 403; 11 de noviembre de 1999, Programadores Asociados TV Ltda., t. 406, fls. 96 a 117.

61 CEC, Sección Tercera. 9 de mayo de 1994, Otoniel Varela Arias, t. 229, fls. 313 a 332.

62 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1996, Samuel Reales Ortiz, t. 287, fls. 116 a 158; 29 de agosto de 1996, Hidroelectric de Colombia Ltda.; Varela Flórez, Germán, t. 317, fls. 155 a 178.

63 CEC, Sección Tercera. 21 de junio de 1996, José Antonio Hinestroza Llanos, t. 281, fls. 87 a 128;

64 CEC, Sección Tercera. 13 de abril de 1999, Consorcio Carlos González Venegas y Luis Guillermo Arévalo C., t. 394, fls. 11 a 60.

65 CEC, Sección Tercera. 13 de mayo de 1996, Consorcio Sumbatoff Rosado Rodríguez, t. 308, fls. 109 a 177.

66 CEC, Sección Tercera. 30 de agosto de 1995, Conconcreto Ingenieros Civiles S. A., t. 286, fls. 170 a 177.

67 PINO RICCI. "El régimen de la exorbitancia, las cláusulas obligatorias, multas y penal pecuniaria", cit., p. 213.

tucional o legal, o cuando la jurisdicción administrativa declare nulos los actos administrativos en que se fundamente.

El Consejo de Estado ha visto en este poder un medio de control reconocido a la administración a través del cual puede sancionar la transgresión de ciertas prohibiciones legales[68], y la Procuraduría General de la Nación ha ordenado su utilización como medio de lucha contra la corrupción[69]. El alto tribunal encontró así lícita la terminiación unilateral de un contrato fundada en la omisión de formalidades esenciales de su licitación, tales como el establecimiento de un comité de evaluación de las ofertas y su calificación según los criterios definidos por la licitación[70].

504. *¿Poder de declaración de nulidad contractual?* Este enorme poder de las entidades contratantes, impensable en las relaciones entre particulares, constituye en el fondo un poder de declaración de nulidad del contrato. Aunque la jurisprudencia no admite tal interpretación e insiste en la terminología de la ley, esto es, la terminación unilateral del contrato[71], nos parece que la prerrogativa reconocida a las entidades estatales no es otra que aquella reservada tradicionalmente al juez del contrato. En efecto, la entidad tiene los poderes de decidir que ciertos hechos son constitutivos de las causas de nulidad enumeradas en el artículo 44 de la ley y de definir las consecuencias indemnizatorias por cuanto una vez declarada la causal de nulidad ha de ordenarse la liquidación del contrato, y hemos visto que si las partes no llegan a un acuerdo la entidad tiene el poder de efectuar la liquidación unilateral[72]. Es más, la jurisprudencia ha admitido que en el ejercicio del poder de autotutela declarativa, la termina-

---

68 CEC, Sección Tercera. 26 de septiembre de 1994, Armando Ballestas Saumeth, t. 253, fls. 136 a 153.

69 Resolución de la Procuraduría General de la Nación, del 27 de febrero de 1998.

70 CEC, Sección Tercera. 7 de septiembre de 1998, Ingeniería y Telemática G & C. Ltda., t. 380, fls. 37 a 88.

71 En igual sentido, DÁVILA VINUEZA L. G. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit, p. 106.

72 CEC. Concepto del 1.º de diciembre de 1999, Ministerio del Transporte, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1230: "Si bien la nulidad, esto es, la declaratoria de pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional ('La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia': sentencia del 10 de julio de 1990. Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 5.782), como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta o relativa del contrato celebrado por las entidades estatales (arts. 87 y 136 num. 10 lits. e y f CCA), el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato estatal, según el artículo 45 inciso 2.º de la Ley 80, mediante acto administrativo debidamente motivado del jefe o representante legal de la entidad respectiva, cuando se presenten los hechos prefijados en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44. Además, se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre".

ción unilateral conlleva la potestad de revocar el acto de adjudicación[73], pese a la que la ley lo califica de irrevocable (art. 30, num. 11 Ley 80 de 1993).

505. *Indemnización por enriquecimiento sin causa*. Hay que recordar, no obstante, que si la administración declara nulo el contrato está sujeta a las normas generales sobre su liquidación así como al principio de indemnización establecido por el legislador en caso de nulidad absoluta. El artículo 48 de la Ley 80 afirma que la declaración de nulidad no impide el reconocimiento de una indemnización que cubre el reembolso de los gastos realizados hasta el momento de la declaración. Más aún, con un criterio de equidad y para evitar el enriquecimiento sin causa, el mismo artículo prevé el pago de las prestaciones ejecutadas y útiles a la entidad incluso cuando la causa de la nulidad es el carácter ilícito de su objeto o de su causa[74].

Esta indemnización tiene en cuenta que con frecuencia el origen de la nulidad del contrato es imputable a la administración y no al contratista. Sería entonces injusto que éste sufra las consecuencias de las fallas cometidas por aquélla. Pero al mismo tiempo, el legislador quiso que el contratista no se beneficiara de la situación irregular y por ello limitó su derecho a ser indemnizado hasta el beneficio obtenido por la entidad contratante[75]. En otros términos, el contratista ha de ser indemnizado por todo lo que perdió pero no por lo que dejó de ganar.

506. *Jurisprudencia protectora del contratista*. El Consejo de Estado no concibe, sin embargo, la situación de la misma manera y considera que las irregularidades de la licitación son por completo imputables a la administración y no al contratista que ha ejecutado de manera integral sus obligaciones contractuales. El principio de buena fe, protegido especialmente por la Constitución, impone la indemnización integral del contratista, lo que permite que la sentencia condene a la entidad contratante a pagar a su contratista la totalidad del precio del contrato más los intereses hasta la fecha del fallo, equivalentes al lucro cesante.

Nos parece que esta concepción desborda las previsiones de la Ley 80 e implica riesgos de corrupción importantes. El provecho obtenido por los contratistas es, en efecto, protegido pese a las irregularidades esenciales del contrato que en más de una ocasión conocen perfectamente.

---

73 CEC, Sección Tercera, auto del 15 de agosto de 2002, Consorcio Los Robles, t. 492, fls. 1-18.

74 Art. 48 Ley 80 de 1993: "*De los efectos de la nulidad*. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".

75 Ídem. y VÉLEZ ESCALLÓN. "La terminación y liquidación en los contratos de las entidades etatales", cit., p. 185.

2. EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

Pese a la enumeración restrictiva del artículo 14 de la Ley 80 sobre los casos en los que pueden incluirse cláusulas excepcionales del derecho común, otros textos extienden su aplicación.

507. *Categoría especial de la caducidad.* Además de las particularidades de la caducidad explicadas antes (supra n.° 460), la Ley 104 de 1993 creó una variante de la caducidad de la Ley 80 (art. 16) con el fin de luchar contra la extorsión de la guerrilla. El artículo 82 de esta ley prevé que las entidades contratantes deben declarar la caducidad e imponer las sanciones previstas por la Ley 80 si el contratista ayuda a los grupos subversivos o a la delincuencia organizada de cualquier manera. El poder otorgado a la administración contratante también existe cuando el contratista cede a la presión, extorsión o chantaje de estos grupos para hacer, tolerar u omitir cualquier cosa. El texto fue subrogado por el artículo 45 de la Ley 241 de 1995, que adicionó los grupos paramilitares, y, pese a que el artículo 131 de la Ley 418 de 1997 derogó la Ley 104, sus artículos 90 y siguientes conservaron esta caducidad especial frente a las presiones de las organizaciones armadas al margen de la ley. El mismo artículo 131 estableció una vigencia de dos años de la ley a partir de su fecha de promulgación, pero el artículo 1.° de la Ley 548 de 1999 la amplió por tres años más.

Esta caducidad especial se aplica de manera general a todo contrato celebrado por una entidad pública (art. 90 Ley 548) y se entiende incorporada en todos los contratos que se encontraban en ejecución a la fecha de promulgación de la ley, así como en aquellos que se celebren a partir de la misma (art. 92)[76]. Si bien es cierto que su fundamento es una sanción del comportamiento del contratista, éste es diferente del incumplimiento que da origen a la aplicación de la caducidad del artículo 16 de la Ley 80. El legislador decidió además que la resolución de caducidad presta mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías, y se hará efectiva por jurisdicción coactiva (art. 91), con lo cual establece una excepción a la regla establecida por la jurisprudencia, según la cual la Ley 80 derogó la posibilidad de ejecución de oficio de los actos contractuales[77].

508. *Cláusulas excepcionales en los servicos públicos domiciliarios.* La Ley 142 de 1994 prevé en su artículo 31 (modificado por el por art. 3.° de la Ley 689 de

---

76 También es de anotar que desde la Ley 104 el legislador otorgó el poder deber en cabeza del contratista de terminar unilateralmente los subcontratos que se encuentren en la misma situación, sin que haya lugar a la intervención de la autoridad judicial ni que ello dé lugar a la indemnización de perjuicios (art. 93 Ley 548 de 1999).

77 Supra n.° 423.

2001) que, pese al carácter privado de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, las comisiones de regulación de dichos servicios pueden obligar la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y autorizarlas en otros[78]. Sobre esta base, la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico impuso la inclusión de "las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

a. En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

b. En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley.

Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio.

c. En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración"[79].

---

78 Art. 31. Régimen de la contratación (artículo modificado por el artículo 3.º de la Ley 689 de 2001). "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.
Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo...".
La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta prerrogativa de las comisiones de servicios públicos, mediante sentencia del 11 de febrero de 1997, C-066/97, Alberto Sepúlveda Villamizar, y se declaró inhibida para fallar sobre el mismo inciso por existencia de la cosa juzgada constitucional (Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03, Humberto de Jesús Longas Londoño).

79 Art. 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001 de la CRA. CÁRDENAS URIBE (*Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, cit., p. 102) encuentra que la liberalidad otorgada a las empresas por el parágrafo 2.º de este artículo para que decidan cuándo han de incluir las cláusulas excepcionales,

Por su parte, la comisión de Regulación de Telcomunicaciones impuso a todas las entidades y empresas de servicios públicos de telecomunicaciones la inclusión de "las cláusulas excepcionales de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión [*sic*] en los contratos de obra, de concesión, de consultoría y suministro de bienes que [*sic*] su objeto esté directamente ralacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del servicio"[80]. Igualmente, el artículo 2.26 de la Resolución 87 de 1997 de la misma comisión impuso estas mismas cláusulas a todos los operadores de telefonía básica conmutada.

La Ley 143 de 1994 sobre el sector eléctrico incluyó también cláusulas exorbitantes en ciertos contratos considerados por ella de derecho privado. El artículo 42 prevé que los contratos de suministro de electricidad entre las empresas productoras y las empresas prestadoras del servicio deben incluir cláusulas que prevean las "sanciones a que estarán sujetas las partes por irregularidades en la ejecución de los contratos y las compensaciones a que haya lugar por incumplimiento o por no poder atender oportunamente la demanda".

Aparte de este sector especial, la mayoría de textos que establecen un régimen contractual de derecho privado prevén la posibilidad de incluir en ellos cláusulas exorbitantes. En ocasiones los textos dejan a la voluntad de las partes su inclusión[81] y en otros casos son los reglamentos internos de las entidades contratantes los que pueden obligar o autorizarlas[82].

509. *Atracción del régimen administrativo.* El Decreto Ley 222 de 1983 enunció la concepción según la cual la inclusión de la cláusula de caducidad no convertía un contrato privado de la administración en contrato administrativo[83]. De igual manera, los textos vigentes afirman la naturaleza jurídica privada de los contratos que incluyen cláusulas excepcionales y restringen los efectos de derecho público a la ejecución de éstas últimas sin afectar la integridad del contrato. No obstante, ya tuvimos oportunidad de explicar la dificultad de separar los efectos de la ejecución del contrato para distinguir los administrativos de los civiles.

---

teniendo en cuenta la existencia de precentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza haya conducido a la interrupción en la prestación del servicio, constituye una extralimitación de las funciones de la CRA, por cuanto el artículo 31 (modificado) de la Ley 142 prevé tan sólo la imposición de las cláusulas, o bien, el que las empresas soliciten la autorización para incluirlas.

80 Art. 1.º, resolución 29 de 1995 de la Comisión de Regulación de Telecomunicationes.

81 Es el caso de los contratos con la asociaciones de interés general para la impulsión de programas de interés público (art. 16 Dcto. 777 de 1992) o de los contratos en el sector de la salud (art. 195.6 Ley 100 de 1993).

82 Ello concierne por ejemplo a los contratos del sector de las telecomunicaciones (art. 38 Ley 80 de 1993) o los contratos para la explotación de recursos naturales (art. 76 Ley 80).

83 Cfr. "Capítulo preliminar", supra n.º 30.

La existencia de estas cláusulas no sólo conlleva su juicio por el juez administrativo sino el juicio de todo el contrato. La jurisdicción administrativa se convierte en realidad en el verdadero juez del contrato civil con cláusulas excepcionales, lo que implica una visión y análisis publicista de la relación contractual más allá de estas cláusulas[84]. El Consejo de Estado lo confirma de manera implícita cuando se declara competente para juzgar los litigios originados en contratos de las empresas sociales del Estado y de servicios públicos domiciliarios con cláusulas excepcionales, y no sólo los litigios que se derivan directamente de estas cláusulas[85]. Y de manera explícita ha considerado que, pese a la restricción de los textos legales sobre su competencia restringida al juzgamiento del ejercicio de este tipo de cláusulas, es necesario conservar la unidad de jurisdicción para todo el contrato. Por esta vía se considera competente frente a cualquier aspecto de los contratos de derecho privado en los que se haya incluido una cláusula excepcional.

Como lo habíamos anticipado, la Ley 689 de 2001 ratificó esta posición del Consejo de Estado al prescribir que la inclusión de la cláusula exorbitante en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios conlleva la competencia de la jurisdicción administrativa para todo el contrato[86].

510. En el fondo, los contratos privados son así transformados en contratos estatales y el antiguo problema de la identificación del contrato administrativo aparece reforzado, si se tiene en cuenta la siguiente paradoja: el artículo 17 del Decreto Ley 222 de 1983 establecía la competencia de la jurisdicción administrativa sobre los "litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad". Por el contrario, la Ley 142, en

---

84 Cfr. este mismo problema bajo el antiguo estatuto contractual del Decreto Ley 222 de 1983, en el "Capítulo preliminar", supra n.os 31 y 32.

85 CEC. Concepto del 20 de agosto de 1998, Ministerio de Salud, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1127: "En el evento de que en la contratación que realicen las empresas sociales del Estado se pacten las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993, las entidades respectivas deberán dirimir sus controversias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en general, cuando la finalidad de los contratos que celebren esté vinculada directamente a la prestación del servicio"; autos del 22 de octubre de 1998, ISA E. S. P., Consejo de Estado, Sección Tercera, t. 383, fls. 214 a 225: "De las anteriores normas se desprende que los contratos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por las reglas del derecho privado y no por las del derecho público, salvo cuando en ellos se incluyen las cláusulas exorbitantes, evento este último en el cual el conocimiento de todas las controversias de dicho contrato sí es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa", y 3 de diciembre de 1998, Energía de Pereira S. A. E. S. P., t. 386, fls. 157 a 172, sobre competencia de la jurisdicción administrativa sobre la acción ejecutiva derivada de un contrato con cláusula de caducidad. El Consejo de Estado recuerda el auto de Sala Plena del 22 de noviembre de 1994, expediente S-414, según el cual "hoy a pesar de su transformación y del régimen especial de derecho privado que les impone el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 –régimen de los servicios públicos domiciliarios–, los litigios derivados de dichos contratos se ventilan ante la jurisdicción contenciosa administrativa cuando en ellos se incluyen las cláusulas excepcionales al derecho común (art. 31 ibíd.)".

86 Art. 3.º Ley 689. Supra n.º 495.

su ánimo de auspiciar la aplicación del derecho privado, restringió la competencia de la jursidicción en la medida en que sólo "los actos en los que se ejerciten esas facultades [excepcionales] estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa" (art. 31). Al considerarse competente para juzgar la integridad del contrato, el Consejo de Estado amplía sustancialmente la aplicación del derecho público a estos contratos[87]. Citando a Jesús González Pérez el Consejo de Estado admite que la unidad de jurisdicción afecta la manera de aplicar el derecho privado. "La doctrina encuentra plausible que se mantenga la unidad de jurisdicción cuando se trate de litigios en los que sea parte la administración pública, así actúe sujeta a normas de distinta naturaleza. 'La especialización de los jueces constituye el fundamento del orden jurisdiccional administrativo. Pero la presencia de un ente público como parte de la relación dota a la misma de unas especialidades muy acusadas que hasta se rigen por una normativa que, aunque siga siendo civil, es distinta a la que se aplica a las relaciones entre particulares [...] Estas especialidades pueden justificar esa unidad de jurisdicción... Pues, quizás, lo que caracteriza los litigios administrativos, lo que les diferencia de los demás tipos de litigios, es más que la normativa que pueda serles aplicable, la presencia de un ente público, aunque parezca despojado –al menos aparentemente– de sus prerrogativas. Por lo que, incluso en estos supuestos, resulta más idóneo el juez administrativo que el civil para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado'"[88].

B. prerrogativas extracontractuales

511. *Creación jurisprudencial.* El aumento de las prerrogativas de la administración contratante no solo tiene origen en las múltiples autorizaciones de inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común y sus consecuencias en el contrato. En capítulo precedente nos esforzamos por demostrar el fundamento con-

---

87 Sobre el criterio *implícito* de la cláusula exorbitante, CEC, Sección Tercera. 26 de marzo de 1998, Ichi Ban Motors S. A., t. 367, fls. 390 a 406, sobre un contrato de una empresa de servicios públicos: "en aras de preservar el principio de unidad procesal es el juez administrativo el competente para conocer de todas las controversias que con ocasión del presente contrato se susciten, por haberse incluido en él cláusulas propias de la contratación pública, lo cual en el fondo significa que se trata de un contrato estatal (art. 32 Ley 80 de 1993)". El Consejo de Estado ha aplicado esta regla recordando el principio de unidad de jurisdicción: CEC, Sección Tercera, sentencia del 23 de mayo de 2002, Unión Eléctrica S. A., t. 485, fls. 363-372.

88 Cita original de la sentencia: Jesús González Pérez. "La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)", publicada en *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, p. 37, auto del 15 de abril de 2004, Cajanal EPS, t. 566. Fls. 48-154.

tractual de las prerrogativas de poder público de la entidad contratante, en la medida en que nuestra tradición jurídica, reforzada con el principio de aplicación general del derecho privado de la Ley 80, exige que toda prerrogativa ha de surgir de las cláusulas explícitas o implícitas del contrato[89]. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha modificado esta concepción al afirmar que ciertas prerrogativas se apoyan en la naturaleza pública de la entidad contratante, según las reglas generales de la función administrativa, y no sobre su condición de parte contratante, según el régimen general de los contratos estatales.

Aunque el juez administrativo no abandona el principio de autorización legal para el ejercicio de estos poderes, estima que ellos son la consecuencia de la fuerza ejecutoria de los actos adminsitrativos. Se trata entonces, según los términos del alto tribunal, de una expresión del poder de *autotutela* de los intereses de la administración[90], distinta de las prerrogativas contractuales que estudiamos antes[91]. Esta concepción se aplica en cuatro campos distintos: *la imposición de multas* (1), *la ejecución de oficio de los actos contractuales* (2), *la declaración unilateral de incumplimiento del contrato* (3) y *la declaración de un siniestro constitutivo de un riesgo asegurado* (4).

1. LA IMPOSICIÓN UNILATERAL DE MULTAS

512. *Interpretación de textos.* El Consejo de Estado ha modificado su jurisprudencia sobre la imposiblidad de imposición unilateral de multas bajo la Ley 80, que analizamos en un capítulo precedente[92], con apoyo en la interpretación de varios artículos de la Ley 80 que le permiten concluir sobre la aplicación de los efectos generales de los actos administrativos.

El auto del 4 de junio de 1998[93] analiza de manera sistemática los siguientes artículos. Primero, el 77 que autoriza la aplicación de los procedimientos administrativos no contenciosos de la función administrativa a la actividad contractual

---

89 Supra n.º 450.

90 CEC, Sección Tercera. Auto del 4 de junio de 1998, Carlos Mario Hincapié Molina, t. 373, fls. 43 a 71.

91 CEC, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, Caracol Televisión S. A., t. 487, fls. 372-411: "Si hay algo que caracteriza o tipifica hoy el contrato estatal es la presencia de la administración pública, de acuerdo con el criterio subjetivo adoptado por la Ley 80 de 1993 para su definición. Esta presencia, a su vez, implica que la administración mantenga en el contrato el privilegio general de autotutela, declarativa y ejecutiva (art. 64 C.C.A.) que se manifiesta a través de actos administrativos y que deriva de la posición jurídica general de la administración, no resulta del contrato y por consiguiente es en sí mismo extracontractual".

92 Cfr. capítulo "Prerrogativas de poder público y servicio público", supra n.º 455. Sobre la prerrogativa de imposición unilateral de multas, HERRERA. "Régimen de la exorbitancia", cit., p. 186.

93 CEC. Auto del 4 de junio de 1998, Carlos Mario Hincapié Molina, cit.

cuando son compatibles con las finalidades de la Ley. Luego, el artículo 23, sobre los principios generales de la actividad contractual, entre los que se encuentran los principios del derecho administrativo. Y finalmente, el artículo 3.º, que establece el deber de los servidores públicos de buscar el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, a través de los contratos estatales. A partir de estos artículos el Consejo de Estado concluye que el poder de dirección y control en la ejecución del contrato otorga a la entidad contratante las prerrogativas de dar órdenes al contratista y de asegurar su cumplimiento a través de la imposición de sanciones coercitivas. Por consiguiente, la imposición de sanciones no es una consecuencia de naturaleza contractual sino la "manifestación de la potestad de autotutela que por vía general el ordenamiento jurídico le reconoce a la administración pública". El Código Contencioso Administrativo establece de manera general en su artículo 64 que todo acto administrativo conlleva dos privilegios: la decisión previa y la ejecución forzada de oficio.

De manera similar, el auto del 14 de diciembre de 1998 afirma:

> … si la contratación que regulan las normas de la Ley 80 de 1993 obedece al cumplimiento de los fines estatales, como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, conclúyese que la imposición de sanciones al contratista o al asegurador fluye como una incuestionable potestad de la administración.
>
> En la ejecución del contrato estatal las decisiones unilaterales de la administración siempre estarán provistas de ejecutividad, que no es otra cosa que el ejercicio por parte de la administración de las potestades que surgen de la ley y del contrato, y que algún sector de la doctrina las concibe como una especie de autotutela declarativa[94].

513. *Decisión unilateral: ¿causa o consecuencia?* Sin lugar a dudas la calificación administrativa de un acto unilateral conlleva 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[95]. La concepción del alto tribunal parece entonces apoyarse en un poder

---

94 CEC, Sección Tercera. Auto del 14 de diciembre 1998, Institutio de Fomento Industrial Concesión Salinas, t. 387, fls. 152 a 156.

95 CEC, Sección Tercera. 22 de junio de 2000, Unisys de Colombia S. A., t. 424, fls. 128 a 213. Salvamento de voto del Consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez. DÁVILA VINUEZA también critica este po-

general de la administración, en cuanto poder público, más cercano a la tradición francesa[96] 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 reguladas en esta ley*" (cursiva fuera de texto)[97].

2. EJECUCIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS CONTRACTUALES

514. *Restablecimiento de un poder derogado por la Ley 80.* Desde otro punto de vista, el Consejo de Estado tampoco justifica en estos autos por qué el tema de las multas constituye una excepción a la regla general que, como vimos, la misma jurisprudencia establece[98] y según la cual la Ley 80 derogó el poder de ejecución de oficio de los actos unilaterales en materia contractual.

Más sorprendente es un auto que declaró la incompetencia de la jurisdicción administrativa para apreciar la ejecución de una decisión unilateral. Una entidad estatal demandó a su contratista ante el contencioso administrativo sobre la base del artículo 75 de la Ley 80 para obtener la restitución de un inmueble arrendado. El Consejo de Estado consideró que el artículo 64 del CCA establece que los actos administrativos son ejecutables por las entidades públi-

---

der: "Cierto es que la Administración no requiere de otra rama para hacer efectivos sus actos administrativos y que de oficio puede crear actos de esta índole, pero ello en los casos en que la ley confiere competencia expresa. De la nada y sin autorización legal, no pueden generarse determinaciones administrativas porque de admitirlo sobraría toda la teoría sobre competencia en razón de la materia. En este caso ausente la compentencia por completo" [*sic*]. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., p. 460.

96 Supra n.os 406 y ss.

97 CEC. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Ministerio del Interior, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1293: "Estas facultades excepcionales tiene fundamento en competencias unilaterales, en expresión doctrinaria, 'en los atributos de poder propios de la administración pública inherentes al *imperium* del Estado, que le confiere una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas, no en las cláusulas contractuales. El Estado, por tanto, ejerce las atribuciones de dirección, control y vigilancia para asegurar la ejecución del contrato y en desarrollo del poder de policía administrativa de que está investido, mediante actuaciones dentro de la gestión contractual de la administración, regida por las normas especiales previstas en la Ley 80 y el Código Contencioso administrativo. Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados 'autotutela declarativa', dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la administración, y según los cuales ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial".

98 Supra n.º 424.

cas[99], con lo que pone en duda la validez de la jurisprudencia referida sobre la pérdida la fuerza ejecutoria por jurisdicción coactiva a los actos contractuales o sin intervención del juez.

3. DECLARACIÓN UNILATERAL DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

515. *Restablecimiento de otro poder derogado por la Ley 80.* Las prerrogativas de poder público en virtud de la *autotutela de los intereses administrativos* se manifiesta también en las decisiones sobre la declaración de incumplimiento.

a. PRIMER CASO

516. *Los hechos.* Una entidad contratante profirió una liquidación unilateral de un contrato de obra en la que consignó la existencia de una suma debida a su contratista al final del contrato. Pese a la intangibilidad de las liquidaciones, ampliamente confirmada por la jurisprudencia[100], y de la estabilidad de las

---

99 CEC, Sección Tercera. Auto del 5 de marzo de 1998, Beneficencia de Cundinamarca, t. 365, fls. 33 a 37: "la presente demanda de restitución de inmueble arrendado no puede ser admitida porque para ese fin la Beneficencia de Cundinamarca, en vez de la acción contractual, tiene la instancia policiva para ejecutar su propia decisión administrativa de caducidad". En sentido contrario, CEC, auto del 7 de junio de 2001, Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 452, fls. 325 a 330: "En estas condiciones, con fundamento en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que la jurisdicción contencioso administrativa tiene la competencia para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales, sin distinguir que en éstas la entidad estatal intervenga en calidad de demandante o demandada, es claro para la Sala que es ésta jurisdicción la competente para conocer del presente asunto, pues se trata de una controversia de carácter contractual, derivada de un contrato estatal, como es el contrato de arrendamiento 6718 de 1989, el cual fue suscrito por una entidad estatal en calidad de arrendadora, esto es, por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Por las razones antes mencionadas, se revocará el auto impugnado y, en su lugar, se admitirá la demanda. Así mismo, en aplicación de la remisión legal prevista en el artículo 267 del CCA, se le dará al presente expediente el trámite del proceso abreviado de restitución del inmueble arrendado, establecido en el título XXII del CPC".

100 CEC, Sección Tercera. 9 de meyo de 1994, Otoniel Varela Arias, t. 229, fls. 313 a 332; 30 septiembre 1994, Evelio Ramírez Martínez, t. 254, fls. 13 a 25; 19 de julio de 1995, Fernández Viñas Russi y Cía. Ltda., t. 283, fls. 275 a 294; 29 de agosto de 1995, De la Peña Santander Asociados Ltda., t. 286, fls. 120 a 142; 30 de mayo de 1996, Murrle & Rodas Ltda., t. 309, fls. 374 a 394; 6 de junio de 1996, Luis Alfonso Peña Pabón, t. 310, fls. 299 a 316; 5 de julio de 1996, Consorcio Maquinaria e Ingeniería Maine Harold Bravo Ltda., t. 312, fls. 241 a 267; 29 de julio de 1996, David Vega Luga, t. 314, fls. 266 a 275; 15 de agosto de 1996, Incoin Ltda, t. 315, fls. 8 a 16; 10 de abril de 1997, Hugo Segura Lara, t. 334, fls. 275 a 289; 16 de junio de 1997, Sánchez Ruíz y Cía. Ltda., t. 339, fls. 222 a 237; 2 de julio de 1998, José Luis Gaona Torres, t. 375, fls. 118 a 153; 6 de agosto de 1998, Caudex Vitelio Peñaranda Osorio, t. 377, fls. 263 a 289; 10 de septiembre de 1998, Octavio Alfonso Millán Flechas, t. 380, fls.

decisiones unilaterales individuales creadoras de derechos, que obliga a las entidades a demandar su nulidad en acción de lesividad[101], la entidad contratante profirió, después de la liquidación, un acto unilateral declarando el incumplimiento del contrato, para luego proferir una nueva liquidación unilateral en la que incluyó las sumas debidas por el contratista, así como el valor de la cláusula penal, fruto de la declaración de incumplimiento. La administración acudió al contencio administrativo en acción ejecutiva para obtener el pago de la segunda liquidación, ante lo cual el contratista alegó su ilegalidad.

517. *Poder fundado en el interés general.* El Consejo de Estado libró mandamiento ejecutivo sobre la base de la legalidad de la segunda liquidación, confirmando de manera implícita los argumentos de la entidad demandante quien afirmaba el poder de modificación de la liquidación para proteger los intereses de la administración. Con esta decisión, el alto tribunal cambió la jurisprudencia que analizamos antes, según la cual el poder de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones contractuales desaparació con la Ley 80[102].

b. SEGUNDO CASO

518. *Cambio jurisprudencial.* En una segunda decisión, el Consejo de Estado extendió las prerrogativas de la administración en la aplicación de la cláusula de caducidad. Hemos visto el estricto marco legal del ejercicio del poder de las entidades contratantes en el ejercicio de esta prerrogativa, reforzado por la Ley 80 con la redacción de su artículo 18, así como la jurisprudencia que lo limita tanto en el tiempo como en sus específicos objetivos[103]. La sentencia del 13 de septiembre de 1999 cambia esta concepción. El Consejo de Estado afirma, en efecto, que el poder de dirección y control sobre la ejecución del contrato legitima el poder de sanción a lo largo de toda la duración del mismo. Por consiguiente, la prerrogativa de aplicar la cláusula de caducidad existe no sólo durante el plazo de ejecución de las obligaciones contractuales, como lo afirma la jurisprudencia referida, sino también hasta el momento de la liquidación del contrato. Teniendo en cuenta que tan sólo en la elaboración de la liquidación se

---

181 a 192; 10 de septiembre de 1998, Inherco Ltda, t. 380, fls. 117 a 138; 11 de mayo de 1999, Broga Ltda, t. 396, fls. 89 a 135; 28 de mayo de 1999, Guillermo Prieto Sánchez, t. 397, fls. 30 a 42; 25 de noviembre de 1999, Néstor Carrillo Gutiérrez, t. 407, fls. 274 a 297; 22 de junio de 2001, Acosta y Cía. Ltda., t. 454, fls. 370-394; 4 de semptiembre de 2003, Constructora Vargas Ltda., t. 537, fls. 149-170.

101 CEC, Sección Tercera. 16 de febrero de 2001, Adonaí Guevara Torres, t. 440, fls. 246 a 262.

102 Supra n.° 455. CEC, Sección Tercera. Auto del 21 de enero de 1999, Departamento del Casanare, t. 387, fls. 268 a 280.

103 Supra n.os 458-460 y 468-474.

puede hacer el balance definitivo del cumplimiento de las obligaciones recíprocas, la entidad estatal debe conservar la posibilidad de declarar la caducidad hasta la liquidación conjunta o unilateral que pone fin a la relación contractual. Bajo la Ley 80, concluye el Consejo de Estado, la antigua diferencia entre la caducidad y la declaración unilateral de incumplimiento ha desaparecido[104].

519. *¿Desbordamiento de los textos?* Con esta sentencia el Consejo de Estado parece sobrepasar las finalidades de las prerrogativas otorgadas por el legislador a la administración contratante. El marco de los poderes determinados por la Ley 80 como las prerrogativas estrictamente necesarias para garantizar la ejecución del contrato es remplazado por una *autotutela* general de los intereses económicos que no tiene un fundamento explícito en los textos. Se podría afirmar que la autonomía de la voluntad permite la inclusión de cláusulas de resolución unilateral del contrato con los mismos efectos reconocidos por estas decisiones. Pero ello sería tan solo posible si las partes han previsto cláusulas en este sentido. En caso contrario hemos visto que la naturaleza excepcional al derecho común de la cláusula administrativa de caducidad estriba en su finalidad particular y en los graves efectos sobre el contratista, dos características por completo ajenas a las relaciones entre particulares. El artículo 18 expresamente califica el incumplimiento del contratista con dos condiciones acumulativas. Por un lado, debe afectar *de manera grave y directa la ejecución del contrato*, y por otro, debe evidenciar *que puede conducir a su paralización*. Resulta por tanto difícil concluir que ello es posible después del vencimiento del plazo contractual[105]. La sentencia se apoya en la jurisprudencia bajo el Decreto Ley 222 de 1983 sobre la declaratoria de incumplimiento pero no tiene en cuenta que ella fue posible gracias al artículo 72 de dicho decreto que hacía referencia a tal posibilidad, como lo recordamos en su momento[106]. Y en cuanto a los efectos de la caducidad, los artículos 18 y 58[107]

---

104 CEC, Sección Tercera. 13 de septiembre de 1999, Consorcio Gabriel Galvis Hazen and Sewyer, t. 402, fls. 102 a 162. Sentencia instauradora del principio, confirmada por CEC, 9 de marzo del 2000, Consas Ltda., t. 413, fls. 72 a 112; 24 agosto de 2000, Javier Montoya y Asociados Ltda., t. 428, fls. 92 a 112; 15 de marzo de 2001, Microempresarios y Pequeños Artesanos de Colombia, t. 444, fls. 391 a 418. Autos del 29 de junio de 2000, Héctor Hechavarría V. y Cia. Ltda., t. 421, fls. 77 a 90d, y 25 de octubre de 2000, Fundación Aldana, t. 432, fls. 155 a 166.

105 CÁRDENAS URIBE. *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, cit, p. 94: "... cuando se está actuando con base en facultades excepcionales se busca el cumplimiento del contrato o que la ejecución la realice un tercero, además de sancionar a los contratistas incumplidos: por tanto, el límite de la Administración para imponer esta facultad va a ser el mismo plazo contractual".

106 Supra n.º 453.

107 Art. 18 Ley 80 de 1993: "*De la caducidad y sus efectos* [...] Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley". Art. 58. "*De las sanciones* [...] 3.º *En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos*

prescriben la sanción de inhabilidad no sólo para celebrar contratos con las entidades estatales por diez años sino también para ejercer cargos públicos por el mismo lapso. Esta drástica medida, justificable en el caso de la caducidad del artículo 18 por los riesgos de parálisis de la ejecución del contrato y eventualmente del servicio público, resultaría desproporcionada frente a un simple incumplimiento. No sin razón la jurisprudencia bajo el Decreto Ley 222 había diferenciado la caducidad de la declaratoria de incumplimiento y había considerado, con apoyo en el artículo 72, que en este último evento la entidad contratante gozaba del poder tan sólo para hacer efectiva la cláusula penal[108].

4. DECLARACIÓN DE SINISTRO DEL RIESGO ASEGURADO

520. *Garantías contractuales.* En fin, el Consejo de Estado reconoce otra manifestación de poder extracontractual de las entidades contratantes: la declaración del siniestro que permite la efectividad de las pólizas contractuales[109] que aseguran el cumplimiento de las obligaciones, la estabilidad de las obras y la calidad de los bienes suministrados a la entidad contratante (num. 19 art. 25 Ley 80).

521. *Diferencias con las pólizas del derecho privado.* El Código de Comercio establece que el beneficiario de la póliza debe comunicar a la compañía de seguros la existencia del siniestro y el monto de los perjuicios, en el plazo establecido por el contrato (art. 1075). El asegurador puede formular objeciones a la reclamación en el mes siguiente a la comunicación del siniestro (art. 1053), caso en el cual la póliza pierde su fuerza ejecutoria y su beneficiario queda obligado a acudir al juez del contrato para que declare la existencia de la obligación del asegurador.

---

públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente" (cursiva fuera de texto. El aparte *"En caso de… sentencia".* fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-178 del 29 de abril de 1996).

108 DÁVILA VINUEZA. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., pp. 463 y ss. afirma que la jurisprudencia ha revivido la antigua declaratoria de incumplimiento del Decreto-Ley 222 de 1983 al admitir la declaratoria de siniestro, por parte de la entidad, para hacer exigible la garantía única de cumplimiento, lo que sabemos encuentra criticable (supra n° 513). Pero esta posiblidad está entonces restringida a la efectividad de la garantía y por ello no incluye las sanciones derivadas de la caducidad ni la posiblidad de declarar unilateralmente la efectividad de la cláusula penal, que puede ser distinta al valor amparado por la garantía. Sin embargo, el autor no cita las sentencias en este sentido. Las que hemos visto, por el contrario, plantean una situación más delicada porque al asimilar declaratoria de incumplimiento a caducidad generan las consecuencias de esta última, esto es, inhabilidades para el contratista y efectividad de la cláusula penal.

109 HERRERA. *Régimen de la exorbitancia*, cit., p. 179.

El Consejo de Estado no aplica estos artículos a las pólizas de los contratos estatales sino el principio establecido por el numeral 5 del artículo 68 del CCA sobre las obligaciones que prestan mérito ejecutivo a favor de las entidades públicas. Según este artículo, las pólizas en las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo al integrarse con el acto administrativo ejecutoriado que declara la obligación, lo que ha permitido afirmar al Consejo de Estado que las entidades contratantes tienen la prerrogativa de declarar el siniestro sin que el asegurador pueda contestar los hechos de manera directa[110], por cuanto el privilegio de la decisión previa lo obliga a demandar este acto ante el contencioso administrativo según las reglas generales. Si bien es cierto que el Consejo de Estado anula los actos de declaración del siniestro cuando por ejemplo la inestabilidad de la obra asegurada no le es imputable al contratista[111], la carga de la prueba recae sobre éste último[112], a tal punto que las causas desconocidas de inestabilidad le son imputables y no son suficientes para desvirtuar la legalidad del acto[113].

522. *Prerrogativa posterior al término de ejecución del contrato.* En la medida en que se trata de un poder diferente a la prerrogativa de declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales o de caducidad, el Consejo de Estado resalta que la administración pude ejercerlo después de la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación[114]. Tal es el caso de las declaraciones de siniestro sobre las fallas de las obras que aparecen hasta diez años después de su recepción y de las que el contratista ha de responder en razón de la garantía general del contrato de obra (num. 3 art. 2060 C. C.)[115], o de la declaración de siniestro sobre la calidad de los bienes suministrados a la administración con base en las garantías contractuales.

523. *Poder general de expedición de actos administrativos.* Al fundamentar el poder de declarar unilateralmente el siniestro en el numeral 5 del artículo 68 del CCA, el Consejo de Estado explica que dicho poder no se deriva del contrato ni de las normas contractuales, sino del

> privilegio de la decisión previa ejecutividad (autotutela administrativa) que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas, de donde deriva la potestad de de-

---

110 CEC, Sección Tercera. 19 de noviembre de 1998, Seguros Caribe S. A., t. 385, fls. 109 a 122; 3 de mayo de 2001, Aseguradora de Fianzas S.A.; Pinsky y Asociados S. A., t. 449, fls. 1 a 46; auto del 30 de agosto de 2001, Corvide, t. 462, fls. 42 a 62.

111 CEC, Sección Tercera. 10 de noviembre de 1997, Wilson Marín Vanegasü, t. 359, fls. 365 a 375.

112 CEC, Sección Tercera. 15 de mayo de 1997, Brugues y Cia. S. A., t. 336, fls. 352 a 396.

113 CEC, Sección Tercera. 22 de mayo de 1996, Seguros Colmena S.A., t. 309, fls. 46 a 62.

114 CEC, Sección Tercera. 10 de julio de 1997, Gonzalo Moreano Lemos, t. 343, fls. 140 a 154.

115 CEC, Sección Tercera. 20 de agosto de 1998, Mauro M. Riveros Pabón, t. 348, fls. 36 a 47.

> clarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro.
>
> De manera que la administración pública, concluye el Consejo de Estado, al celebrar contratos con los particulares (siempre para la satisfacción del interés público) actúa revestida de las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la *lex contractus*, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al *imperium* del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas. Si el fin de todo contrato estatal es el interés público (art. 3.º Ley 80 de 1993) tiene justificación esta supremacía frente al interés privado que persiguen los particulares que negocian con el Estado; de ahí que esté dotada de diversos instrumentos que le permitan asegurar la realización de sus fines institucionales, tal como la decisión unilateral y ejecutoria en la cual ejerce directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato[116].

La aclaración de voto a esta sentencia del consejero Alier Eduardo Hernández llama la atensión sobre el peligro de un poder tan general:

> Del texto transcrito se deduce 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 inconforme 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 este camino, una dimensión tal que desvirtúa la institución contractual y desconoce la competencia legal[117].

---

116 CEC, Sección Tercera. 24 de mayo de 2001, Ingesa Ingenieros Civiles y Arquitectos Asociados Ltda., t. 451, fls. 26 a 50; sentencia del 3 de mayo de 2001, Aseguradora de Fianzas S. A.; Pinsky y Asociados S. A., t. 449, fls. 1-46: "... en el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora para el pago del seguro, expide un acto administrativo unilateral, en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. En otras palabras, el acto administrativo es la prueba de la realización del riesgo y podría decirse que esta forma de acreditar el siniestro se convierte en un privilegio para la administración, ya que le basta su propia decisión fundamentada, que goza de la presunción de legalidad. Esta forma de acreditar el siniestro también constituye una ventaja para la aseguradora, ya que tiene la posibilidad de discutir administrativa y judicialmente el acto, en la medida que los fundamentos jurídicos y fácticos que la administración adujo para acreditar el siniestro no sean suficientes".

117 Ídem., aclaración de voto. Dávila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., pp. 362 y ss., critica la prerrogativa administrativa de declarar la ocurrencia del siniestro por cuanto las

Más aún, podemos preguntarnos sobre la realidad del fundamento del poder de declaración unilateral del siniestro en el numeral 5 artículo 68 del CCA, unánimemente afirmado por el Consejo de Estado. En efecto, este numeral prescribe que prestan mérito ejecutivo "las *demás* garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el *acto administrativo* ejecutoriado que declare la obligación" (cursiva fuera de texto).

En primer lugar, el numeral no se refiere a las garantías otorgadas por los contratistas de la administración, sino a todas las *otras* que se otorgan por otros conceptos. Esta interpretación parece imponerse con la lectura del numeral 4 del mismo artículo, destinado precisamente a "las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen *los contratistas a favor de entidades públicas*" (cursiva fuera de texto).

En segundo lugar, el mismo numeral 4 establece que, para que presten mérito ejecutivo, las pólizas y demás garantías contractuales deben acompañarse del "acto administrativo de liquidación final del contrato, o [de] la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso". Por consiguiente, la ley habilita a la entidad estatal para que ejerza de manera *concreta* su potestad de *auto-tutela declarativa* por medio de estos tres actos administrativos y no de otros. A la luz del numeral 4, las entidades pueden declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante la liquidación unilateral del contrato, su caducidad o su terminación unilateral. Por el contrario, carecen de dicha potestad frente a otros eventos, como la garantía de estabilidad de la obra o calidad de los servicios, cuyo siniestro ocurre normalmente después de la liquidación del contrato.

Y en tercer lugar, si se descartan estos dos argumentos y se concibe, como lo hace el Consejo de Estado, que el poder de declaración del siniestro se apoya, no en el numeral 4 sino en el 5, que hemos transcrito, debemos recordar que en estos eventos las garantías también deben estar acompañadas del "acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación", para así constituir el título ejecutivo. Sin embargo, de esta exigencia no podemos deducir que la administración tiene competencia para declarar el siniestro. En este caso, como en el de la imposición unilateral de multas que vimos antes[118], la exigencia de un acto administrativo no puede llevarnos a concluir que la administración tiene competencia concreta para

---

posiblidades existentes bajo el Decreto-Ley 222 de 1983 de declaración de incumplimiento desaparecieron con la Ley 80.

118 Supra n.º 513.

proferirlo. El numeral 5 nos exige un acto adminsitrativo que declare la obligación garantizada, pero no concreta el origen de dicho acto, no nos explica porqué puede adoptarlo la administración. Por consiguiente, es necesario acudir a otras normas de derecho positivo que determinen la competencia para proferir actos administrativos declarativos de obligaciones. Concluir que el artículo 5.º establece competencia para declarar el siniestro amparado por la garantía nos lleva a la lógica del poder general de autotutela, que nos parece contrario a la lógica de nuestro derecho administrativo, arraigada al derecho positivo, así como peligroso por la extensión de los poderes de la administración.

524. Las verdaderas prerrogativas de la administración contratante no parecen ser las cláusulas excepcionales señaladas por la Ley 80 sino los poderes que desbordan por completo el marco del contrato privado. Estos medios de control reconocidos a las entidades estatales en todos sus contratos se ven ampliados por los poderes extracontractuales, fruto de la *autotutela* administrativa.

525. El objetivo legislativo de restricción de las prerrogativas de poder público de las entidades estatales contratantes parece haber tenido un efecto perverso. La Ley 80 los redujo a su mínimo indispensable para no perturbar la lógica contractual en la medida en que, en principio, no sólo deben estar previstos por un texto legal de manera específica, sino también legitimados por la continuidad del servicio público. Si el funcionamiento de éste último no está amenazado, la administración no tiene fundamento jurídico para ejercerlos. El legislador fue incluso más lejos con la Ley 142 al establecer un régimen enteramente privado para la mayoría de contratos de las empresas de servicios públicos sujetos a la competencia.

Pero la jurisprudencia se ha opuesto a esta política legislativa. Al señalar la importancia dada por la Constitución a los servicios públicos limita la *privatización* del régimen contractual y el sistema mixto afirmado por el juez constitucional se torna francamente exorbitante con el análisis aportado por el juez administrativo. El interés general remplaza al servicio público en la legitimación de las prerrogativas exorbitantes que dejan de estar limitadas por el específico objeto del contrato para extenderse de manera general a los intereses de la administración.

La unidad de jurisdicción que ha dado al juez administrativo la competencia para aplicar el derecho privado favorece la interpretación de este derecho a partir de los valores de derecho público, y, contrariamente al objetivo incial que dio origen a la Ley 80, la administración ve reforzadas sus prerrogativas de poder público en materia contractual[119].

---

119 Supra n.º 43.

CAPÍTULO SEGUNDO

Aplicación jurisprudencial de la ecuación contractual

526. *Protección del contratista.* En un capítulo precedente analizamos la lógica igualitarista de la ecuación contractual surgida del análisis de los textos[1]. En ese momento, tan sólo mencionamos que la jurisprudencia del Consejo de Estado se aparta de esa interpretación de la ley, al consagrar una amplia protección patrimonial del contratista. Abordaremos en este capítulo el estudio de las distintas decisiones que concretan la jurisprudencia sobre el tema.

527. *Reseña necesaria de las teorías francesas.* Con todo, antes de abordar el estudio de la jurisprudencia sobre la *ecuación contractual*, *verdadera garantía de utilidad para el contratista* (II), conviene recordar las *teorías clásicas francesas sobre la responsabilidad contractual sin culpa* (I), por cuanto con frecuencia la jurisprudencia hace mención a ellas. Este estudio comparado nos permitirá apreciar hasta qué punto nuestra jurisprudencia interpreta de manera particular la tradición francesa, mezclándola con el texto de la Ley 80 para crear una noción original de la ecuación contractual.

I. TEORÍAS FRANCESAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SIN CULPA

El marco de referencia de la concepción francesa se centra en las teorías clásicas de *las sujeciones imprevistas* (A), *el hecho del príncipe* (B) y *la imprevisión* (C).

A. LAS SUJECIONES IMPREVISTAS

528. *Noción. El Tratado de los contratos administrativos* la define de la siguiente manera: "Cuando en la ejecución de los contratos administrativos sobrevienen dificultades materiales de carácter absolutamente anormal, que no pudieron razonablemente estar comprendidas en las previsiones de las partes al momento de celebrar el contrato y que hacen más onerosa su ejecución, estas sujeciones excepcionales generan en el contratante un derecho a ser integralmente indemnizado bajo la forma de un aumento de su remuneración"[2].

1. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA

Las condiciones exigidas por la jurisprudencia francesa para aplicar la teoría son las siguientes.

---

1 Cfr. capítulo "Ecuación contractual", supra n.os 139 y ss.

2 *Traité*, t. II, pp. 499 y ss.

529. *Alea material.* Se trata en primer lugar de una dificultad de orden material que por lo general, aunque no siempre, resulta de un fenómeno natural.

El álea material puede tener origen en las condiciones del subsuelo. En los casos de obras terrestres, el sobrecosto puede provenir de problemas relacionados con las fundaciones, lo que constituye el caso más frecuente: suelos inestables[3], rocas más duras de lo razonablemente previsible[4], proporción importante de granitos[5], capas de agua inesperadas[6] e, incluso, obras enterradas cuya existencia se ignoraba[7].

Si se trata de trabajos fluviales, las sujeciones imprevistas pueden provenir de la profundidad imprevista del lecho de un río[8], por ejemplo.

El álea climática constituye otra posibilidad: lluvias o sequías verdaderamente excepcionales[9] que afectan la programación de los trabajos o imponen trabajos suplementarios.

Es posible que las dificultades materiales debidas a eventos nuevos considerados como sujeciones imprevistas no tengan por origen directo un fenómeno natural. Tal es el caso de las medidas administrativas con ocasión de un fenómeno natural, como las medidas de protección adoptadas por una autoridad administrativa con ocasión de una creciente de un río o de mareas extraordinarias o la amenaza de temblor de tierra, medidas que impiden temporalmente el acceso a la obra objeto del contrato y por lo tanto imponen su suspensión o alternativas técnicas más costosas[10].

530. *Hecho ajeno a las partes.* La segunda condición de la teoría exige que la dificultad material sea ajena a las partes contratantes[11]. Este elemento marca una diferencia no sólo con el hecho del príncipe, que como veremos es un acto lícito de la administración contratante, sino también con la responsabilidad sobre la base de la culpa. En efecto, el hecho nuevo no debe tener por origen un comportamiento culposo ni del contratista ni de la administración, lo que excluye tanto las faltas

---

3 CEF, 22 de diciembre de 1976, *Depussé*, Lebon, p. 575.

4 CEF, 30 de julio de 1948, *Min. des Armées*, Lebon, p. 359; 29 de abril de 1953, *Commune de Moissac*, Lebon, p. Tables, p. 723; 30 de junio de 1976, *SEM d'équipement de la Ville d'Aix-en-Provence*, Lebon, p. 982.

5 CEF, 28 de febrero de 1979, *M. Voisin*, R. D. P., 1980, p. 1480

6 CEF, 19 de mayo de 1943, *Caisse de Dépôts*, Lebon, p. 227.

7 CEF, 7 de febrero de 1962, *Dame veuve Sutra*, Lebon, Tables, p. 1020.

8 CEF, 13 de diciembre de 1961, *Min. des Travaux publics c/ Sté nationale de construction*, Lebon, p. 706.

9 CEF, 13 de mayo de 1987, *Sté Citra-France*, Lebon, Tables, p. 821.

10 CEF, 13 diciembre de 1961, *Min. des Travaux publics c/ Sté nationale de construction*, ya citado.

11 No son consideradas sujeciones imprevistas los sobrecostos consecuencia de la selección de tecnologías inovadoras por el contratista: CEF, 31 de enero de 1997, *Société Campenon-Bernard*, M.t.P.; 14 de marzo de 1997, p. 51.

contractuales como las precontractuales. Así, ni el comportamiento de los contratistas en la ejecución del contrato que generan la modificación de las condiciones iniciales, ni la ausencia de estudios previos necesarios para el buen desarrollo de los trabajos, pueden permitir la aplicación de la teoría. Será entonces necesario analizar las obligaciones precontractuales y contractuales de las partes para llegar a determinar el origen real de los hechos nuevos por cuanto si hay culpa atribuible a una u otra la responsabilidad consecuente no encuentra fundamento en las sujeciones imprevistas, sino en las reglas generales de la responsabilidad aquiliana, si la culpa precede al contrato, o en las reglas de la responsabilidad contractual, si la culpa es posterior a la suscripción del contrato. En este último caso aplicaremos las reglas de los principios generales del contrato privado[12].

531. *Hecho imprevisible.* La tercera condición es común a todas las teorías de responsabilidad sin culpa. El hecho nuevo no debe ser previsto ni previsible por las partes al momento de contratar. Para establecer la previsibilidad de un hecho el análisis de los términos contractuales así como del comportamiento de las partes es fundamental. De él podremos deducir las cargas del contratista sobre el análisis del terreno y las condiciones de trabajo, las condiciones geográficas que conocía o estaba obligado a conocer, las advertencias de la adminsitración contratante, la información, los planos y los estudios suministrados por ésta, las dificultades del terreno conocidas ya al realizar otros trabajos similares en la zona, la descripción del terreno, la insuficiencia de los estudios previos, etc.

Sobre este punto la teoría no deja de ser ambigua por cuanto del analisis del comportamiento de las partes se puede concluir una culpa de la administración contratante. El evento nuevo le sería entonces imputable, y con ello la segunda condición de la teoría no se cumpliría. Sin embargo, la jurisprudencia francesa se apoya más en la equidad que en la aplicación rigurosa de los principios contractuales[13] y, en últimas, la discusión es un tanto teórica porque en un caso como en el otro la indemnización del contratista es integral, como lo veremos más ademante.

Por otra parte, las cláusulas contractuales son muy importantes porque, pese a las reglas generales de indemnización, ninguna disposición de orden público se opone a que las partes establezcan riesgos contractuales, pero den-

---

12 De Laubadère. "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", cit., p. 384.

13 *Traité*, t. II, p. 509. Aplicación de la teoría por un estudio geológico en poder de la administración pero no suministrado al contratista (CEF, 21 de julio de 1970, *Départ. Des Hautes-Alpes c- Sté savoyarde d'entreprise*, Lebon, p. 533) o por la información insuficiente suministrada al contratista (CEF, 3 de julio de 1987, *S. A. Robert Pottier et Fils*, RDP, 1988, p. 1426).

tro de ciertos límites. En efecto, las cláusulas frecuentes en las que se establece un precio global *cualesquiera sean las dificultades que encuentra el contratista* son interpretadas por el Consejo de Estado de manera restrictiva, en el sentido de entender que se trata tan sólo de las dificultades normales[14].

532. *Hecho anormal.* La cuarta condición es el carácter absolutamente anormal de las dificultades sobrevenidas. Todo contrato conlleva un álea normal en su ejecución. No es posible prever todas las dificultades ni en los pliegos ni en las cláusulas contractuales. El contratista no puede pedir indemnización por toda dificultad imprevista. Es necesario que ésta sobrepase de manera extraordinaria el álea normal del contrato. Más aún, no es posible establecer un estándar absoluto, sino que es necesario hacer un análisis según el tipo de obra, la especialidad y la experiencia exigidas al contratista, e incluso los riesgos que, aun grandes, normalmente existen en cada tipo de actividad.

Esta condición tiene una particularidad en el caso de los contratos a precios globales. Es necesario que las dificultades generen trastornos graves a la economía del contrato[15]. Es decir que no basta con la particularidad con relación a la normalidad de las condiciones de la obra, sino que es necesario que sus consecuencias económicas sean tan graves que el costo general del contrato se vea en extremo perturbado. Esta exigencia particular obedece a que en los contratos a precios globales el contratista asume un riesgo mayor frente a los riesgos que asume en los contratos a precios unitarios[16].

Por el contrario, si el contrato es a precios unitarios el juez francés se concentra sobre el carácter anormal de la dificultad desde un punto de vista objetivo, sin que la modificación de la economía grave o leve cuente para excluir la calificación de sujeción imprevista.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

533. *Indemnización integral.* El contratista tiene el derecho a ser indemnizado de manera integral por los trabajos imprevistos que tuvo que realizar. Contrariamente al principio de inmutabilidad del precio, las sujeciones imprevistas

---

14 *Traité*, t. II, p. 504.

15 Sobre la exigencia del trastorno grave: CEF, *Min. d'Etat chargé de la Défense nationale c/ Sté Entreprise Campenon-Bernard et autres*, Lebon, p. 143; 12 de mayo de 1982, *Sté des travaux publics et bâtiment (RGEG)*, RDP, 1983, p. 1431; 3 de noviembre de 1982, *Soc. d'exploitation Louis Gros*, RDP. 1983, p. 1420.

16 Sobre la exigencia de trastorno grave: CEF, *Min. d'Etat chargé de la Défense nationale c/ Sté Entreprise Campenon-Bernard et autres*, Lebon, p. 143; 12 de mayo de 1982, *Sté des travaux publics et bâtiment (RGEG)*, RDP, 1983, p. 1431; 3 de noviembre de 1982, *Soc. d'exploitation Louis Gros*, RDP, 1983, p. 1420.

conllevan un suplemento del precio acordado inicialmente (si las prestaciones nuevas son de la misma naturaleza que las iniciales) o un nuevo precio (si las condiciones de ejecución cambiaron como consecuencia de la sujeción), o incluso una indemnización que tiene en cuenta la totalidad de los gastos fruto de las sujeciones imprevistas[17].

534. *Riesgo imputable a la administración*. Bajo los principios generales de los contratos, resulta sorprendente que la administración deba indemnizar integralmente a su contratista por un hecho que no le es imputable. Por ello, GEORGES PÉQUIGNOT afirma que las sujeciones imprevistas constituyen una manifestación del hecho del príncipe[18]. La entidad sería integralmente responsable de la sujeción por cuanto en principio ella realiza los estudios técnicos previos sobre las condiciones del subsuelo. Hemos visto que para que la teoría se aplique la sujeción imprevista no debe tener por origen una culpa de la administración contratante, lo que incluye la realización defectuosa de los estudios previos, pero en la interpretación de PÉQUIGNOT el hecho nuevo le es imputable porque con la realización de los estudios ella asume el riesgo de lo imprevisto y razonablemente imprevisible. Ello permite de igual manera explicar porqué en los contratos a precios globales tan sólo hay indemnización si la economía general del contrato se ve gravemente perturbada. En efecto, una característica esencial de este tipo de forma de pago del contrato de obra es la mayor asunción de riesgos por parte del contratista. El que la indemnización exija un *perjuicio calificado* del contratista sería una manifestación de esta transferencia de riesgos.

B. EL HECHO DEL PRÍNCIPE

535. El hecho del príncipe es la más antigua de las teorías sobre las modificaciones imprevistas del contrato administrativo y, sin embargo, la menos clara.

---

17 *Traité*, t. II, p. 517.

18 "La teoría de las sujeciones imprevistas no es sino un caso particular del hecho del príncipe. Es por ello que la indemnización será calculada de la misma manera en los dos casos. En efecto, la administración debe incontestablemente pagar las obras necesarias realizadas por su contratista fuera del contrato. *A fortiori* deberá indemnizar si frente a las dificulades imprevistas en la construcción de una obra o la fabricación de un producto ordena al contratista vencerlas de manera determinada. La adminstración, de manera unilateral, ha preparado los elementos del contrato, ha realizado los planos y practicado los estudios respectivos. El contratista se ha confiado a ella. Si esta confianza se ve defraudada y si aparecen dificultades no previsibles por los presupuestos de la administración, ¿no debería ésta soportar los riesgos pese a los términos del contrato? Si la administración quiere lograr los objetivos del contrato independientemente de las dificultades y si dirige al contratista las órdenes de servicio necesarias, ¿no hay allí un verdadero hecho de la administración que legitima la indemnización integral del contratista?": PÉQUIGNOT. *Théorie générale du contrat administratif*, cit., p. 506.

Saroit Badaoui cierra su célebre tesis dedicada a ella con esta poco estimulante constatación: "Al final de este estudio podemos concluir que el término 'hecho del príncipe' no corresponde en derecho administrativo a una categoría jurídica netamente individualizada. Hauriou mismo, el primero que enunció la teoría[19], tuvo que aceptar más tarde[20] la evidencia de que 'la categoría del hecho del príncipe es tal vez una de esas categorías jurídicas provisionales, en las que se clasifican inicialmente los casos que sorprenden porque constituyen excepciones a las ideas establecidas, y luego, más tarde, uno se da cuenta que son casos *discímiles*, y que mejor sería estudiarlos cada uno en su particularidad'" [21].

1. IDENTIFICACIÓN DE LOS ACTOS CALIFICADOS DE HECHO DEL PRÍNCIPE

536. *Una tarea difícil.* La dificultad de la teoría reside en la definición de lo que constituye un *hecho del príncipe*. Considerado de antiguo como una medida arbitraria y violenta fundada en la fuerza coercitiva del detentador de la autoridad[22], el hecho del príncipe designa hoy toda orden emanada de una autoridad pública a la cual los particulares deben someterse y obedecer. Es el sentido original de la expresión[23].

En las obras jurídicas, sin embargo, la expresión adopta un sentido particular que difiere según las ramas del derecho. En derecho civil, el hecho del príncipe es considerado como una manifestación de la fuerza mayor y por consiguiente conlleva un efecto liberatorio para la parte que soporta sus consecuencias[24]. En derecho administrativo la expresión ha sido criticada[25] por evocar el autoritarismo, cuando en realidad todas sus manifestaciones tienen por característica esencial el que se trata de medidas lícitas adoptadas por las autoridades públicas competentes. La expresión genérica incluye entonces todo acto, administrativo o legislativo, que afecta la ejecución de un contrato adminis-

---

19 En nota a CE, *Prévet* , 8 de marzo de 1891, S. 1902, 3, 13.

20 En nota a CE, 11 de marzo de 1910, *Comp. Gén. Fr. De tramways*, S. 1911, 3, 1.

21 Saroit Badaoui. *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, LGDJ, París 1954, p. 219

22 A. Fortuna. *Le fait du prince*, tesis, París 1924, p. 21.

23 Badaoui. Ob. cit., p. 1.

24 Philippe Malaurie y Laurent Aynès (*Obligations*, 9.ª ed. París, Cujas,1998-1999, p. 489) consideran el hecho del príncipe como hecho de un tercero. Por consiguiente, "es causa de exoneración del deudor si es irresistible, imprevisible, y si el deudor no debía responder por él. Es una variante de la fuerza mayor". En el mismo sentido, Philippe le Tourneau y Loïc Cadiet. *Droit de la responsabilité*, París, Dalloz, 1998, p. 941, y Terré, Simler y Lequette. *Droit civil*, cit., p. 458.

25 *Traité*, t. II, p. 517.

trativo. Sin embargo, las distintas medidas de las autoridades no pueden ser tratadas de la misma manera y por ello el hecho del príncipe tiene varias acepciones. De ahí la dificultad de la teoría.

537. *Hecho del príncipe lato sensu.* En un sentido amplio, el hecho del príncipe designa toda medida emanada de cualquier órgano del Estado (legislador, Gobierno, autoridad administrativa, colectividad territorial, etc.) que afecta de cualquier manera la ejecución del contrato, bien sea directa o indirecta. Esta primera categoría no permite elaborar una teoría general por cuanto sus consecuencias son disímiles. Como lo veremos más adelante, algunos de estos actos son calificados por la jurisprudencia francesa como imprevisión y no como hecho del príncipe, o bien son excluidos de toda categoría de responsabilidad contractual para ser analizados desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, bien sea de las leyes o de los actos administrativos generales.

538. *Hecho del Príncipe stricto sensu.* Bajo estas consideraciones es necesario precisar una segunda acepción. Con la expresión hecho del príncipe *stricto sensu* (llamado con frecuencia *hecho de la administración*) el *Tratado de los contratos administrativos* restringe la noción a los actos de la administración contratante que afectan la ejecución del contrato específico. Sin embargo, esta influencia sobre el contrato puede realizarse de distintas maneras. Es posible que la administración adopte una medida que sin tener por *objeto* el contrato genere *efectos* sobre él.

Se podrían entonces separar los actos proferidos en el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración en cuanto contratante (modificación, terminación e interpretación unilaterales) que tienen por *objeto* la modificación de las condiciones contractuales de los otros actos que, a pesar de generar *efectos* sobre la ejecución del contrato, no tienen éste por objeto. Tal es el caso de las medidas de policía de la entidad contratante cuyo objetivo no es el contrato pero que lo pueden afectar. Una medida sanitaria general, o de urbanismo, de circulación vial o de seguridad son ejemplos de este tipo de actos. También pertenecen a este grupo los reglamentos generales de la entidad contratante. Francis Paul Benoît restringe el hecho del príncipe a este segundo tipo de actos, es decir, las medidas adoptadas por la entidad contratante en virtud de poderes distintos de los derivados del contrato administrativo[26]. Pero la mayoría de autores critican esta concepción extrema por cuanto resulta difícil y artificial establecer reglas generales que distingan las medidas estrictamente contractuales de las que, dictadas por fuera de los poderes contractuales, tie-

---

26 F. P. Benoît. *Le droit administratif français*, París, Dalloz, 1968, n.º 1137 y ss.

nen efecto sobre él[27]. Por esta razón los autores del *Tratado de contratos administrativos*, después de distinguir el hecho del príncipe *stricto sensu*, como venimos de hacerlo, del hecho del príncipe *strictissimo sensu*, esto es, los poderes exorbitantes de la administración contratante, anotan que se trata de una explicación académica por la imposibilidad práctica de identificar de manera fiable los distintos actos. Por ello, se suman a la opinión mayoritaria que se concentra sobre el hecho del príncipe *stricto sensu*[28].

2. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA

539. *Perjuicio cierto y directo.* En primer lugar, el daño debe ser cierto y directo. El perjuicio eventual no es indemnizable, como en el caso de modificaciones de las condiciones de ejecución de una concesión que tal vez afectarán en el futuro la rentabilidad del servicio a cargo del concesionario. En principio, todo perjuicio consecuencia del acto considerado hecho del príncipe es indemnizable, pero las medidas adoptadas para limitar los beneficios excesivos del contratista no son consideradas como hecho del príncipe. Si la administración reduce, por ejemplo, las tarifas excesivas con relación al costo del servicio, el contratista no puede reclamar una pérdida de ganancia como perjuicio indemnizable[29].

540. *Imprevisibilidad.* Como complemento de la primera exigencia, el hecho del príncipe debe ser imprevisible al momento de celebrar el contrato. Esta característica existe, como lo sabemos, en todas las teorías sobre la responsabilidad sin culpa y nos obliga a analizar los eventos que las partes debieron haber calculado como medianamente posibles. De esta manera ni las devaluaciones regulares ni las fórmulas de revisión previstas en el contrato o los pliegos constituyen un hecho del príncipe.

541. *Imputación del acto a la entidad contratante.* En tercer lugar, el origen del hecho nuevo caracteriza la teoría del hecho del príncipe. Las modificaciones a las condiciones de ejecución del contrato deben ser imputables exclusivamente a la administración contratante.

Por consiguiente, hay que excluir las medidas que, siendo unilaterales, formalmente están precedidas de acuerdos con el contratista, así como los actos que tienen por función exclusiva constatar un hecho que conlleva consecuencias económicas para las partes. En el primer caso estaremos en realidad en el

---

27 *Traité*, t. II, pp. 517 y 518; RICHER. *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 228; CHAPUS. *Droit administratif général*, cit., t. I, p. 1114.

28 *Traité*, t. II., p. 518.

29 S. BADAOUI. *Le fait du prince*, cit., p. 137.

terreno de los acuerdos contractuales, y en el segundo, eventualmente en el de la teoría de la imprevisión, que veremos más adelante.

Por otro lado, el hecho del príncipe debe haber sido proferido por la entidad contratante y no por otra[30]. Sin embargo, el Consejo de Estado francés concibe la noción de entidad contratante en un sentido amplio, esto es, ligada a la personalidad jurídica. Por consiguiente las autoridades nacionales son consideradas *ajenas* a los contratos de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos porque en uno y otro caso se trata de personas jurídicas distintas. Por el contrario, el acto proferido por un ministerio que afecta un contrato de otro ministerio o un departamento administrativo es considerado hecho del príncipe por cuanto el acto y el contrato provienen de la misma persona jurídica: la Nación.

542. *Carácter del perjuicio.* La última condición es la relación que pone de manifiesto la complejidad esencial de la teoría, es decir la particularidad del perjuicio. En efecto, no todas las medidas adoptadas por la entidad contratante son consideradas, de manera uniforme, como hecho del príncipe. Ciertos actos exigen una calificación particular del perjuicio soportado por el contratista. En este sentido, "la jurisprudencia es sin duda abundante pero también compleja"[31].

Si se trata de medidas particulares, en principio no hay lugar a la calificación del perjuicio indemnizable. Todo daño cierto y directo es integralmente reparado. Es el caso de las medidas que afectan las disposiciones mismas del contrato, como la terminación o la modificación unilaterales[32]. Pero las medidas particulares pueden tener efectos sobre las condiciones de ejecución del contrato sin que la administración contratante tenga la intención de modificar éstas últimas. Tal es el caso de las medidas de control y de dirección de la ejecución del contrato o de las medidas individuales de policía[33]. En estos casos no siempre estamos frente a un hecho del príncipe y el casuismo de la jurisprudencia impide enunciar reglas fiables.

Por el contrario, si el acto es general, en principio no hay lugar a la aplicación de la teoría, aunque es necesario aclarar que es posible una indemnización sobre otra base jurídica, bien sea contractual (teoría de la imprevisión) o extracontractual. El principio de igualdad ante las cargas públicas hace que el con-

---

30 Si la medida es adoptada por otra persona moral, el perjuicio es consecuencia de un caso de imprevisión (CEF, 4 de marzo de 1949, *Ville de Toulon*, Lebon, p. 197; 5 de noviembre de 1982, *Sté. Propétrol*, Lebon, p. 381).

31 *Traité*, t. II, p. 528.

32 RICHER. *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 229.

33 *Traité*, t. II, p. 547.

tratista deba soportar los efectos del acto como los debe soportar todo el mundo. El acto general es por esencia impersonal y abstracto.

Con todo, hay lugar a la aplicación de la teoría si el acto general (ley o reglamento) o los pliegos de condiciones prevén una indemnización integral. De igual manera, el acto es calificado hecho del príncipe si afecta un aspecto considerado esencial por el contratista cuando hizo su oferta o cuando suscribió el contrato, si se trata de contratación directa[34]. En fin, ciertos autores consideran que hay hecho del príncipe cuando la medida genera un perjuicio especial al contratista con relación a los otros ciudadanos[35].

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

543. *Indemnización integral.* La consecuencia fundamental de la aplicación de la teoría es la indemnización integral del contratista. Esta indemnización incluye no sólo los gastos adicionales en que debió incurrir y aquellos que necesariamente sobrevendrán (daño emergente), sino también el provecho que razonablemente esperaba obtener del contrato, esto es, el lucro cesante.

544. *Falla de la noción de equilibrio financiero.* Es justamente sobre este punto que son contundentes las críticas al fundamento exclusivo de la responsabilidad sobre la base del equilibrio financiero del contrato, por cuanto ni el perjuicio indemnizable ni el monto de la indemnización tienen una relación directa con las condiciones iniciales del contrato. La indemnización no *reequilibra* las condiciones iniciales del contrato. Aunque éstas indican algunos parámetros de reparación, los principios de indemnización integral y de restricción de la indemnización al perjuicio cierto y efectivo hacen posible una indemnización por fuera de las condiciones iniciales del contrato.

C. LA IMPREVISIÓN

545. GEORGES PÉQUIGNOT define la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

> Cuando circunstancias imprevistas al momento de la celebración del contrato generan un grave trastorno a su economía, y la gravedad de la alteración así provocada, sin hacer imposible la ejecución del contrato, la hace difícil y onerosa más allá de lo que las partes

34 CEF, 20 de mayo de 1904, *Compagnie marseillaise de navigation*, Rec. 425.
35 BADAOUI. *Le fait du prince*, cit., p. 480, y CHAPUS. *Droit administratif général*, cit., p. 1163.

> habían podido prever razonablemente, y cuando el déficit de la operación sobrepasa los límites del álea normal a la carga de todo contratista, adoptando un carácter anormal y excepcional, el contratista de la administración tiene el derecho a pedir a ésta que venga en su ayuda, que comparta con él el álea extraordinario y que le reconozca una indemnización calculada en función del déficit soportado y de todas las circunstancias del caso. Este caso es solucionado por la *teoría de la imprevisión*[36].

546. *Particularidades de la teoría*. La teoría de la imprevisión busca ante todo solucionar una situación extracontracual grave. No se trata entonces de una simple crisis de las condiciones de ejecución del contrato sino de su trastorno fundamental, que tiene por origen un evento externo al contrato y que por consiguiente no permite buscar la solución en los términos contractuales. Es por esta razón que la teoría del equilibrio financiero no permite explicarla completamente. Además, la dificultad sobrevenida debe ser temporal, lo que obliga a buscar una solución para retornar a las condiciones originales de ejecución del contrato.

Por otro lado, la teoría está profundamente marcada por la noción administrativa del servicio público y por las características de éste, en particular por el deber de continuidad. Este aspecto fue fundamental en la primera aplicación de la teoría en el caso Gas de Burdeos[37], y explica su desarrollo fundamentalmente en los contratos de concesión de obras y servicios públicos. Quiere ello decir que, más allá de la equidad, es la continuidad del servicio público lo que obliga a la administración a ayudar a su contratista. En últimas, la atención de la imprevisión es una forma de evitar la fuerza mayor[38]. La noción de servicio público impregna profundamente las distintas condiciones de su aplicación.

La teoría aporta una solución a un momento crítico del contrato a través de una fórmula de colaboración entre las partes, lo que legitima una indemnización parcial de los perjuicios soportados por el contratista.

Y, finalmente, la teoría es propia del derecho administrativo. Como lo veremos al estudiar sus condiciones de aplicación, la concepción administrativa se aleja de la concepción privatista de revisión del contrato de nuestro Código de Comercio. Ella encuentra su fundamento en el *contrapeso* del régimen exorbitante que caracteriza el contrato administrativo, régimen legitimado por la prestación del servicio público a cargo de la administración y por el interés general que inspira toda la función administrativa. Como lo afirmaba el comisario de Gobierno Latrounerie, "en los contratos administrativos el Estado somete a

---

36 Péquignot. *Théorie générale du contrat administratif*, cit., p. 502.
37 cef, 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, S.1916.3.17.
38 M. Waline. *Traité de droit administratif*, 1963, p. 622.

sus contratistas a cargas especiales que el derecho civil no conoce [...] Ligado a estas obligaciones so pena de graves sanciones, el contratista del Estado debe recibir la compesación que el derecho administrativo le concede bajo la forma de la teoría de la imprevisión"[39].

1. CONDICIONES DE APLICACIÓN

547. *Alea económico.* En primer lugar es necesario precisar el tipo de eventos que dan lugar a la aplicación de la teoría. Por lo general se identifican con el álea económico, para diferenciarlo del álea fisico de las sujeciones imprevistas y del álea administrativo del hecho del príncipe. En la práctica la identificación es más compleja por cuanto los cambios económicos que dan origen a la imprevisión pueden provenir de un hecho natural. Una compañía de telégrafos intercontinental alegó la aplicación de la teoría de las sujeciones imprevistas por los daños causados al cable telegráfico submarino fruto de un maremoto particularmente grave. Pero el Consejo de Estado consideró que no había lugar a la aplicación de esta teoría sino a la de la imprevisión[40]. Aunque la sentencia no lo afirma, el Consejo de Estado parece haber tenido en cuenta que la causa del perjuicio no era en absoluto imputable a la administración, lo que le permitió hacer una repartición del riesgo entre las partes y no una indemnización integral, como sabemos que ocurre en los eventos de sujeciones imprevistas.

La imprevisión puede también provenir de un acto administrativo, como avanzamos cuando explicamos la teoría del hecho del príncipe[41], de un hecho social[42] e incluso de una huelga[43].

548. *Modificación de las prestaciones contractuales necesarias.* En segundo lugar, para que haya reconocimiento del estado de imprevisión es necesario que el hecho afecte directamente las prestaciones contractuales. Debe existir una relación directa entre el evento imprevisto y las prestaciones. Pero además el

---

39 Concl. en CE, 9 de marzo de 1928, *Cie des scieries africaines*, RDP, 1298, p. 328, citado por *Traité*, t. II, p. 564.

40 CEF, 21 de abril de 1944, *Cie française de câbles télégraphiques*, Rec, 119, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1990, p. 186.

41 Un acto proferido por una entidad pública distinta de la administración contratante no da lugar a la aplicación de la teoría del hecho del Príncipe pero puede dar lugar a una indemnización por imprevisión (BADAOUI. *Le fait du prince*, cit., p. 175), como en el caso de una devaluación (C.E., 23 de noviembre de 1956, *Héreil*, Lebon, p. 448).

42 Imprevisión por los eventos de 1936 (CEF, 11 de diciembre de 1957, *Min. de la Défense c/ Sieur Berthas*, Lebon, p. 671), por las leyes del mismo año, (CEF, 13 de noviembre de 1953, *Charnit*, *liquidateur de la Sté Collet Georges et Fils*, Lebon, p. 490)

43 CEF, 2 de febrero de 1951, *Sté des grands travaux de Marseille*, Lebon p. 67.

contratista debe soportar un sobrecosto de los bienes y servicios *necesarios* para la ejecución del contrato sin que lo pueda evitar. El contratista no puede invocar el aumento de precios de materiales importados fruto de la modificación de la tasa de cambio si no está obligado a importar los materiales y puede encontrar sustitutos en el mercado nacional o si no está obligado a utilizarlos para la ejecución del contrato. En todos estos eventos estaríamos frente a áleas que debe soportar[44]. Por el contrario, hay imprevisión si está obligado a comprar los productos importados cuyo precio aumentó[45].

549. *Imprevisibilidad.* Como en todas las teorías encontramos este elemento fundamental y, como en los otros casos, el determinar si el hecho nuevo es imprevisto exige un análisis de las circunstancias concretas del caso, como la fecha de celebración del contrato o de presentación de la oferta, para deducir de ellas, por ejemplo, el carácter inminente de una medida adoptada o de las fluctuaciones económicas que se preveían. También es importante analizar el comportamiento del contratista frente al evento para determinar, por ejemplo, si hizo todo lo posible por limitar sus efectos en el caso de las huelgas o las catástrofes naturales. El Consejo de Estado consideró inicialmente que la aplicación de la imprevisión era posible en los contratos celebrados antes del inicio de la Primera Guerra Mundial pero no después, por cuanto en estos últimos eventos el estado de guerra podía ser considerado previsible[46]. Sin embargo, luego cambió su jurisprudencia para aceptar la aplicación de la teoría incluso en los contratos celebrados durante el conflicto. Aunque el conflicto fuese previsible, sus consecuencias particularmente graves así como su duración resultaban imprevisibles[47].

Y, finalmente, las cláusulas contractuales pueden haber previsto o anticipado la posibilidad de ciertos eventos y sus consecuencias, lo que ha de tenerse en cuenta, aunque, como hemos visto en el caso de las sujeciones imprevistas, la jurisprudencia no admite las cláusulas de irresponsabilidad.

550. *Hecho ajeno a las partes.* El hecho imprevisto debe ser externo a las partes. Esta condición excluye naturalmente todo comportamiento culposo de las mismas, que conlleva la aplicación de la responsabilidad sobre la base de la teoría general del contrato. Por el contrario, es más difícil determinar lo que debe entenderse por la noción de exterioridad del hecho imprevisto y sus límites frente al hecho del príncipe. Gaston Jèze consideraba que los eventos deben ser ne-

---

44 CEF, 7 de octubre de 1970, *Pierre Lavigne*, AJDA, 1971, p. 314.

45 CEF, 31 de mayo de 1918, *Degraeve*, r. p. 527, citado por Badaoui. Ob. cit., p. 171.

46 CEF, 9 de noviembre de 1921, *Sté commerciale des carbures*, RDP 1921, p. 494, concl. Corneille.

47 CEF, 4 de noviembre de 1932, *Sté eau et assainissement*, p. 946; 10 de marzo de 1948, *Hospices de Vienne*, AJ, éd. Tr. 1948, p. 331.

cesariamente "independientes de la voluntad de las partes"[48], lo que excluiría los actos generales proferidos por las entidades contratantes. Sin embargo, varias sentencias del Consejo de Estado[49] y la doctrina[50] admiten la posibilidad de la imprevisión en tales casos, siempre y cuando no tengan por objetivo la modificación de los términos contractuales, caso en cual, como lo hemos visto, se aplica la teoría del hecho del príncipe. Tal sería una medida ministerial que decreta una fuerte devaluación afectando los contratos de la Nación. No se podría afirmar que el acto ministerial tiene por objetivo dichos contratos, pero sin lugar a dudas afectaría las condiciones de su ejecución. Por ello, la determinación de la finalidad del acto es fundamental para saber si el acto general da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe.

551. *Situación extracontractual.* La última condición de la teoría es la creación de una situación extracontractual, consecuencia del hecho imprevisto. El contratista debe afrontar una serie de consecuencias que escapan al marco contractual bajo las siguientes características.

– Las condiciones externas deben generar un déficit en la ejecución del contrato. No es suficiente que el evento reduzca el beneficio que esperaba el contratista, álea que está a su cargo, sino que debe soportar una pérdida que no se puede compensar con los pagos futuros de la ejecución del contrato o las ganancias, si se trata de una concesión. Por esta razón resulta fundamental determinar el *límite de la imprevisión*, esto es, el momento a partir del cual se puede considerar que el álea del contrato se ha visto desbordado. En esta determinación resulta importante el cálculo de las variaciones *razonables* de precios, factor esencial en los contratos de larga duración.

– El hecho imprevisto no solo debe afectar o encarecer la ejecución del contrato sino que debe verdaderamente trastornar su economía general, toda su ingeniería financiera[51]. Esta es una particularidad fundamental de la imprevisión. La pérdida que sufre el contratista debe, en últimas, ser tan importante que el riesgo de su ruina ponga en peligro la prestación del servicio o la gestión objeto del contrato[52]. Una vez más vemos la importancia de las nociones de derecho administrativo.

---

48 G. JÈZE. *Contrats*, II, p. 491, cité par *Traité*, t. II, p. 590.

49 CEF 8 de diciembre de 1944, *Sté l'Energie industrielle*, RDP 1946, p. 317, concl. Detton, note JÈZE; D; 1945, p. 258, note PLJ; 2 de marzo de 1949, *Min. t.P. contre EDF*, D. 1953, p. 309, note JG; 2 de marzo de 1977, *Sté Leflon et Cie et Hoeltgen*, p. 890.

50 *Traité*, t. II, p. 592.

51 No es suficiente que el álea sea imprevisible. También es necesario que sea anormal (CEF, 22 de febrero de 1980, *S'te Dumez-Bâtiment*, RDP, 1981, p. 525).

52 Para establecer esta realidad, el Consejo de Estado analiza el conjunto de la situación del contratista a

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

552. *Diferencia con la fuerza mayor.* Al contrario de la fuerza mayor, que hace *imposible* la ejecución del contrato, el estado de imprevisión constituye solo una *dificultad mayor* de ejecución. Por consiguiente, el contratista debe continuar la ejecución del contrato hasta que materialmente no lo pueda hacer. Esta exigencia es apreciada con severidad por la jurisprudencia por cuanto la imposibilidad de ejecución es analizada de manera restrictiva, es decir que el Consejo de Estado no admite la *fuerza mayor financiera*.

El origen de esta dura actitud para con el contratista estriba en que la imprevisión busca ante todo que el servicio inherente al objeto del contrato no se interrumpa. Por ello, si el contratista suspende la ejecución del contrato pierde el derecho a ser indemnizado sobre la base de la teoría.

553. *Obligación de asistencia del contratista.* En contraprestación la administración debe ayudarlo para enfrentar el estado de imprevisión y salir de él. Debe aportarle toda su colaboración en la búsqueda de una solución a las dificultades, como reconocimiento a su condición de colaborador. La entidad contratante debe entonces proponerle todas las fórmulas posibles, como la revisión de los términos contractuales, el aumento de tarifas pagadas por los usuarios en los casos de concesión o la modificación del precio del contrato.

Con todo, si los *buenos oficios* no conducen a un acuerdo entre las partes para superar el estado de imprevisión, el contratista cuenta con el derecho a una solución alternativa: una indemnización por imprevisión.

554. *Indemnización por imprevisión.* La característica más importante de la indemnización es que no compensa integralmente los daños soportados por el contratista. Es la diferencia fundamental entre la teoría de la imprevisión y las otras, en las que siempre hay indemnización integral.

La razón de esta solución es la naturaleza particular de la ayuda de la administración contratante. Como el hecho no es imputable a la entidad contratante, el estado de imprevisión no puede generar su *responsabilidad* en sentido propio. De manera sistemática y voluntaria la jurisprudencia y la doctrina se abstienen de emplear la expresión *responsabilidad por imprevisión*, substituida por *ayuda* o *indemnización por imprevisión*. La imputación del hecho generarador

---

partir de su balance contable, de la importancia de sus reservas, del estado de su tesorería, de las sumas otorgadas en virtud de la revisión de precios, del conjunto de cargas contractuales e incluso del resultado de otros contratos del contratista distintos de la concesión pero derivados de ella. Se trata entonces de un análisis global de la ejecución de la concesión. Sobre costos no constitutivos de imprevisión, CEF, 10 de octubre de 1984, *Entreprise Cottin-Jouneaux*, RDP, 1985, p. 223.

del perjuicio a la persona responsable es un requisito necesario y esencial en todo tipo de responsabilidad, aun en la responsabilidad objetiva. Esa imputación, que existe claramente en la teoría del hecho del príncipe (por cuanto se trata de un acto de la entidad contratante), y de manera implícita en las sujeciones imprevistas (por cuanto, como hemos visto, los riesgos del terreno están a cargo de la entidad contratante, quien por regla general tiene a su cargo los estudios geológicos previos), no existe en absoluto en el caso de la imprevisión. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia insistan en que se trata de una situación extracontractual.

Con todo, como la ejecución del contrato es fundamental para el interés general, y como el contratista privado colabora con esta finalidad, resulta *equitativo* que la administración asuma los gastos extracontractuales consecuencia de la ejecución del contrato en las condiciones imprevistas, pero sin incluir lo que el contratista dejó de ganar, es decir, el lucro cesante. Si bien es cierto que no es *equitativo* que el contratista se sacrifique asumiendo los gastos *extra-contractuales*, también es *equitativo* que no saque provecho de una situación que no es imputable a la administración.

Más aún, como tuvimos la oportunidad de analizar en el capítulo sobre el concepto de la ecuación contractual, el motor de la imprevisión administrativa no es el reequilibrio de la relación contractual sobre la base de los riesgos, como en la imprevisión comercial[53], sino el espíritu de colaboración entre las partes contratantes para superar la crisis del contrato y lograr su ejecución[54]. De ahí que la jurisprudencia francesa siempre deja un pequeño margen del déficit soportado por el contratista (daño emergente) a su cargo, esto es, entre el 5 y el 10%[55].

3. FIN DEL ESTADO DE IMPREVISIÓN

555. *Carácter temporal del estado.* El carácter temporal del estado de imprevisión es una característica fundamental de la teoría. La situación extracontractual debe constituir un simple paréntesis en la ejecución del contrato que debe retornar a su *normalidad*. El estado de imprevisión puede finalizar por el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato porque la situación externa

---

53 Supra n.º 169.

54 Los autores del *Traité*, resaltan esta diferencia fundamental que impregna originalidad a la teoría administrativa frente a su aplicación en el derecho privado: t. II, pp. 563 y 564.

55 CEF, 9 de mayo de 1962, *Ville de Bastia*, p. 307 (indemnización del 90% del daño emergente); 8 de noviembre de 1935, *Ville de Lagny*, p. 1026 (80%); 11 de junio de 1943, *Min. Marine*, p. 148 (95%); 17 de noviembre de 1965, GJEG, 1966. J.177 (95%).

termina. Así sucede cuando la imprevisión es la consecuencia de un coyuntura particular. En la sentencia del Gas de Burdeos, que dio origen a la formulación jurisprudencial de la teoría, el Consejo de Estado hacía frente al aumento completamente extraordinario del precio del carbón, materia prima para la producción de gas a cargo del concesionario del alumbrado público de la ciudad de Burdeos. El Consejo tuvo en cuenta que el alza tenía origen en "la ocupación por el enemigo [Primera Guerra Mundial] de la mayor parte de las regiones productoras de carbón en Europa continental, la requisición de las naves, el carácter y la duración de la guerra marítima", lo que daba razón a la compañía concesionaria, quien no "podía estar obligada a asegurar, en las exactas condiciones previstas al comienzo, el funcionamiento del servicio, *mientras durara la situación anormal*" (cursiva fuera de texto)[56].

Las partes deben intentar un acuerdo para salir del estado de imprevisión o, en su defecto, acudir al juez para que fije la indemnización a la que tiene derecho el concesionario.

Pero es posible que, pese a los acuerdos, el equilibrio contractual se vea definitivamente roto. Así sucedió en el caso de la compañía de tranvías de Cherbourg, concesionaria de la ciudad, quien tuvo que afrontar la competencia del autobus a gasolina al comienzo del siglo. La compañía aumentó al máximo sus tarifas, en el límite de las condiciones de competencia con las tarifas de los buses, pero el servicio siguió siendo deficitario. En estas condiciones demandó a la ciudad concedente para obtener el reconocimiento de una indemnización por imprevisión.

Sin embargo, el Consejo de Estado no aplicó la teoría al considerar que la obligación de la entidad concedente de ayudar financieramente a su concesionario para asumir los gastos extracontractuales fruto del período de imprevisión "solo puede serle exigida si el trastorno económico del contrato presenta un carácter temporal. Por el contrario, si las condiciones económicas nuevas han creado una situación definitiva que impide al concesionario equilibrar sus gastos con los recursos sobre los que puede disponer, el concedente no estaría obligado a asegurar a costa del contribuyente, y contrariamente a las previsiones esenciales del contrato, el funcionamiento del servico que ha cesado de ser viable"[57].

556. *La fuerza mayor administrativa*. Para brindar una solución a esta situación el Consejo de Estado creó un nuevo concepto: *la fuerza mayor administrati-*

---

56 CE. 30 marzo de 1916, *Gaz de Bordeaux*, p. 125, concl. Chardenet; D. 1916, 3, 25; S. 1916, 3, 17, nota Haurieu, RDP, 1916-206 y 388, nota Jèze.

57 CEF, 9 de diciembre de 1932, *Cie de tramways de Cherbourg*, S. 1933, 3, 18.

va, diferente de la fuerza mayor clásica en cuanto no cumple con la condición de *irresistibilidad*. Si las condiciones de ejecución del contrato se transforman de tal manera que se oponen al funcionamiento del servicio fundamento del contrato, el Consejo de Estado declara la existencia de una *fuerza mayor administrativa*.

En este evento las partes deben negociar un nuevo contrato según las nuevas exigencias del servicio. Pero si el acuerdo no es posible las partes pueden ejercer una acción jurisdiccional para rescindir el contrato, caso en el que el Consejo de Estado impone una consecuencia delicada: la rescición por *fuerza mayor administrativa* puede dar lugar a una indemnización a favor de una u otra parte. La jurisprudencia quizo así estimular al máximo la solución por acuerdo de las partes, de tal suerte que en el proceso jurisdiccional la indemnización reconocida castiga a la parte que se opuso de manera injustificada a una convención razonable.

557. *Fuerza mayor e imprevisión.* Recientemente el Consejo de Estado reconoció el estado de fuerza mayor administrativa en un contrato que tenía por objeto el abastecimiento de agua potable a un municipio. Debido a la polución, por completo extraordinaria, de la fuente utilizada por el concesionario, éste tuvo que abastecerse de una fuente más lejana, lo que naturalmente le significó un aumento importante en sus costos. La alta corporación juzgó que las circunstancias imprevisibles habían trastornado la economía del contrato y que las condiciones económicas nuevas, al crear una situación definitiva, no permitían al concesionario equilibrar sus gastos con los recursos de los que disponía. Esta situación de fuerza mayor le permitía pretender la rescisión de la convención y obtener una indemnización. Bajo los principios de la imprevisión, el Consejo de Estado condenó al municipio al pago de las pérdidas soportadas por el concesionario menos el 5% correspondiente a la carga extracontractual que debía soportar[58].

Las distintas teorías sobre la responsabilidad contractual sin falta responden en Francia a una preocupación de equidad en las relaciones contractuales bajo las características particulares del contrato administrativo. Pese a las soluciones diversas según la teoría aplicada, todas siguen este principio que estudiamos en el capítulo de la noción de la ecuación contractual, en el que resaltábamos la finalidad particular de este género de responsabilidad, la noción específica del equilibrio financiero equitativo, y la flexibilidad de las reglas de indemnización[59]. El Consejo de Estado francés reconoce el *sacrificio* del con-

---

58 CEF, 5 de mayo de 2000, *Commune de Staffelfelden*, n.º 184722.

59 Cfr. supra n.os 149 a 153.

tratista para llevar a término el contrato, y con él los intereses públicos. Pero al mismo tiempo analiza caso por caso la *justa* solidaridad que la administración debe asumir para con su colaborador, así como la *justa* indemnización.

Los distintos eventos que modifican las condiciones iniciales de ejecución del contrato no son *imputables* a la entidad contratante de la misma forma. El hecho del príncipe, en cuanto acto proferido por razones del servicio, conlleva la asunción integral del perjuicio que causa al contratista. Las sujeciones imprevistas son atribuidas a la administración por el riesgo de los estudios previos. Y la imprevisión es la manifestación de la solidaridad para con el contratista en la realización de una tarea de interés general, lo que conlleva una repartición del riesgo.

Esta adaptación de las soluciones a las circunstancias distintas fue simplificada en extremo por la jurisprudencia reciente de nuestro Consejo de Estado.

II. LA ECUACIÓN CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: GARANTÍA DE GANANCIA DEL CONTRATISTA

558. *Responsabilidad extendida*. La jurisprudencia del Consejo de Estado enuncia un *principio de responsabilidad extendida* de la administración que simplifica el sistema de responsabilidad contractual (A). Pero *sus implicaciones* ponen de presente ciertas contradicciones (B).

A. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR RIESGOS IMPREVISTOS

559. *Fundamento del principio*. La jurisprudencia enunció el principio según el cual todo riesgo imprevisto al momento de celebrar el contrato debe ser íntegramente soportado por la entidad estatal contratante: la Corte Constitucional ha considerado que *tal principio se apoya sobre normas constitucionales* (1), concepción confirmada implícitamente por el Consejo de Estado a través del análisis de los *intereses divergentes de las partes en el contrato estatal* (2). No obstante, la jurisprudencia reciente de las dos corporaciones muestra signos de profunda evolución.

1. PRETENDIDO APOYO CONSTITUCIONAL

ESCOBAR GIL identifica varios principios constitucionales que le permiten afirmar la existencia de una responsabilidad extendida de la administración.

560. *Responsabilidad objetiva del artículo 90*. El primer apoyo constitucional es el artículo 90 de la Carta sobre la responsabilidad administrativa. Para el

autor, al establecer el principio de responsabilidad fundado sobre el *daño antijurídico* el artículo 90:

> … consagra un sistema objetivo de responsabilidad civil en el que el elemento central es el daño, conforme al principio de la garantía de la integridad del patrimonio de los particulares, que orienta toda la configuración técnica del instituto resarcitorio[60] […] Esta garantía patrimonial de los administrados, pilar básico del ordenamiento jurídico, obra en toda su extensión frente a la actuación administrativa, sin importar que ésta sea lícita o ilícita, normal o anormal, legítima o ilegítima, así se trate de un hecho o actividad material, o de un acto administrativo formal, o del incumplimiento de una obligación administrativa[61].

561. *Principio constitucional de protección de la propiedad privada.* Además, la garantía patrimonial, verdadero fundamento del sistema unitario de la responsabilidad administrartiva, sería protegida por el artículo 58 de la Constitución según el cual el Estado garantiza "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

562. *Finalidades esenciales de las entidades públicas.* Un tercer pricipio constitucional, fuente de la responsabilidad extendida de la administración contratante, sería el artículo 2.º que establece como finalidades del Estado "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", y como misión última de las autoridades "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"[62].

563. *Principio de responsabilidad.* Con estos argumentos, Escobar Gil concluye que todos los riesgos imprevistos, que denomina *externos*, deben ser soportados por la entidad contratante. Por consiguiente, el contratista solo tiene la carga de asumir los riesgos de la empresa, es decir aquellos inherentes a la actividad, previstos al momento de contratar, tales como la inflación normal, las difi-

---

60 Escobar Gil. *Teoría general*, cit., p. 518. En el mismo sentido, Weiner Ariza Moreno. "Fraccionamiento de contratos estatales, contratos adicionales, actualización y revisiones contractuales", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 329.

61 Ibíd., p. 520.

62 Ibíd., pp. 431 y 435.

63 Ibíd., pp. 403 a 407. En el mismo sentido, J. A. Palacio Hincapié. *Los contratos de las entidades públicas*, Medellín, Sánchez, 1997, p. 311; Ariza Moreno. "Fraccionamiento de contratos estatales, contratos adicionales, actualización y revisiones contractuales", cit., p. 329.

cultades comunes del terreno o las condiciones técnicas, o bien los riesgos del caso fortuito, concebidos bajo la noción civilista, como los inherentes a la empresa: así los accidentes de trabajo o los defectos de los equipos que le pertenecen[63].

564. *Crítica del principio de responsabilidad de los riesgos imprevistos.* No podemos compartir estas conclusiones, primero, porque ni las misiones generales de las autoridades (art. 2.º de la C. N.) ni la garantía del derecho de propiedad (art. 58) pueden ser interpretados como aceptación de riesgos de las actividades comerciales por parte del Estado. Tal conclusión obligaría al Estado a responder por todos los daños que sufren los particulares, por cuanto el desconocimiento de la propiedad privada o de otros derechos puede tener por origen el comportamiento de otros particulares. Además, en un capítulo precedente vimos cómo la Corte Constitucional ha explicado que la antijuridicidad del perjuicio del artículo 90 de la Carta constituye un *principio general de responsabilidad de la administración* que incluye tanto la responsabilidad sin falta como la responsabilidad sobre la base de la culpa o falla del servicio, dos sistemas de responsabilidad que coexisten en la actividad contractual según el origen del hecho generador del perjuicio[64].

564a. *Principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos.* No obstante, la Corte Constitucional ha confirmado la posición de Escobar Gil en los siguientes términos:

"Manteniendo el criterio expresado por la Corte en la Sentencia C-832 de 2001, es claro que la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado *in extenso* por la jurisprudencia y expre-

---

64 Supra n.º 155. CCC, Sentencia del 1.º de agosto de 1996, C-333/96, cit.: "La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces 'la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual'. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 'es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la reponsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual'.

"Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas la situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado".

samente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2.º,13, 58 y 83 del mismo ordenamiento Superior que, por un lado, le imponen a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes (art. 2.º) y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83)"[65].

564b. Sin embargo, no nos resulta tan evidente el fundamento del traslado de riesgos a la administración sobre la base de dicho principio. En primer lugar, porque pese a la afirmación sobre su desarrollo *in extenso* por la jurisprudencia, tan sólo conocemos la sentencia C-832/01, que lo enuncia en estos escuetos términos: "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial, y se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad"[66].

Además, como hemos visto, el artículo 90 de la Constitución tan sólo consagra el principio de responsabilidad de la administración, que aunque esté soportado hoy en el daño antijurídico, no implica un traslado integral de los riesgos contractuales a las entidades contratantes. Pretender que este artículo consagra un "principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos" implicaría necesariamente un régimen objetivo de responsabilidad por cuanto toda *garantía* excluye necesariamente el análisis de la culpa. Y hemos visto que el texto constitucional no toma partido ni por la responsabilidad objetiva ni por la responsabiliad subjetiva, materia infra constitucional.

Este reproche es válido también para el sustento en el artículo 2.º de la Carta, por cuanto el deber impuesto por él a las autoridades de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, no puede traducirse en la consagración de un régimen objetivo de responsabilidad. En realidad, este sustento constitucional reitera el del artículo 90. No hay que olvidar, en efecto, que este artí-

---

65 CCC, Sentencia del 22 de agosto de 2001, Sonia Durán, C-892/01, demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 6.° de la Ley 598 de 2000.

66 CCC, Sentencia del 8 de agosto de 2001, Andrés Caicedo Cruz, C-832/01, demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 9.º del artículo 136 del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

culo de la Constitución de 1991 reprocude el antiguo artículo 16 de la Carta de 1886 que había sido identificado por la jurisprudencia como fuente del principio de la responsabilidad administrativa[67], principio que, como hoy, no incluía los distintos regímenes de responsabilidad, y que además era tan genérico que mereció su valoración cautelosa por la doctrina[68].

En cuanto al artículo 13 de la Carta y la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, como fuente constitucional del principio de garantía integral del patrimonio de los particulares, la sentencia no desarrolla su afirmación. Si bien es cierto hemos visto que el principio consagrado en este artículo, fundamento de *algunos* regímenes de responsabilidad sin culpa[69], inspira las distintos regímenes de responsabilidad contractual igualmente sin culpa (supra n.º 151), ello no se traduce en que consagra un régimen *único* de responsabilidad objetiva.

564.c. La sentencia de la Corte refuerza la aplicación del *principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos* en el tema contractual afirmando que "los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza constituyen ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, *contribuyen a trasladar a la Administración Pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria suelen presentarse en el desarrollo del contrato estatal*. Bajo esta nueva percepción del contrato, se supera en el derecho moderno aquel criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad –que promovían la omnipotencia contractual de la administración–, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y la buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza, respectivamente incorporados en nuestra Constitución Política como un fin esencial (art. 2.º) y como un valor fundante (art. 83) del Estado social de derecho" (cursiva fuera del texto original).

---

67 Ramiro Saavedra Becerra. *La responsabilidad extracontractual de la administración*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 128 a 136.

68 Jaime Vidal Perdomo. *Revista del Externado de Colombia*, 1961, n.º 3, p. 419, citado por Ramiro Saavedra Becerra, cit., p. 135: "Deducir responsabilidad al Estado siguiendo al pié de la letra el art. 16, puede ser excesivo para éste; es entender en términos de obligaciones jurídicas un deber general de protección a las personas en su vida, honra y bienes. Ello se presta a extralimitaciones que, para evitarse, exigen una imputabilidad más precisa, como puede ser la falla del servicio en una operación concreta; de otro modo el Estado sería responsable en todas las hipótesis, porque un ciudadano mata a otro, o lo injuria en la calle, o le causa daño a sus bienes".

69 Ramiro Saavedra Becerra, cit., pp. 429 y ss.

Pero ninguno de los dos principios parece explicar por qué debe la Administración asumir los riesgos no previstos originalmente por las partes.

Frente al *principio de reciprocidad*, la sentencia explica: "Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado[70]. No ocurre lo mismo en el derecho público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la Administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual.

"Por otra parte, continúa la Corte, en el marco de los contratos bilaterales, la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones juega también un papel preponderante en cuanto permite detectar aquellas irregularidades surgidas a lo largo de la relación contractual, esto es, tanto las que se presentan al momento del surgimiento del contrato como las acaecidas durante el periodo de ejecución del mismo".

Sin embargo, el principio de reciprocidad no explica en sí mismo la transferencia de riesgos a la administración y, por el contrario, releva los límites de la ecuación contractual como fundamento de la responsabilidad sin culpa (supra n.os 146 y ss. y 162 y ss.). El principio de reciprocidad explica la responsabilidad por las *prestaciones* no previstas por las partes, en la medida en que su *pago* será correlativo a su valor. Pero el verdadero riesgo del contrato no está en estos eventos sino en aquellos que implican un *sobrecosto* de la ejecución del contrato, sin ninguna contraprestación, como es el caso de una falla geológica no pre-

---

70 Nota original: Esta posición es sostenida, entre otros, por el profesor Emilio Betti quien afirma que: "no se trata propiamente de equivalencia, que pueda tener sentido en la matemática, sino de paridad de posición y de proporcionalidad de ventajas y cargas correlativas; es decir, apreciación de conveniencia de la proporción entre la carga que se acepta y la ventaja, que asumiendo la carga, se puede conseguir".

vista, que hace más costosa la excavación pactada en un contrato de obra, o el invierno extraordinario que retarda el avance de la construcción de una carretera, o bien, una carga sorpresiva que tampoco modifica las prestaciones iniciales y frente a la cual los términos originales del contrato no permiten atribuirla a una u otra parte. Tal es el caso de un nuevo impuesto, una nueva reglamentación o una crisis económica que encarece la ejecución del contrato. En ninguno de estos casos el principio de la reciprocidad de las prestaciones puede explicar por qué una u otra parte debe soportar el costo del evento nuevo no previsto por las partes.

564d. *Principio general de la revisión del contrato estatal*. Pero además la sentencia esboza una la noción particular del principio de reciprocidad aplicado a los contratos estatales, que parece trastocar la esencia de la concepción del contrato como acuerdo de voluntades: al enunciar la reciprocidad objetiva de las prestaciones que permite detectar aquellas irregularidades surgidas al momento de contratar, implícitamente está consagrando la revisión de todo contrato por la falta de equivalencia entre las prestaciones de las partes.

Dávila Vinueza[71] resalta la dificultad de establecer el carácter injustificado de los precios en los contratos estatales, que no debe derivarse de una simple comparación con los precios del mercado, por cuanto los efectivamente pactados, así como su evolución durante la ejecución del contrato, son el fruto de circunstancias particulares a cada caso. De ahí que el Registro Único de Precios de Referecia (RUPR) aplicado al Catálogo Único de Bienes y Servicios (CUBS) no constituya un indicador automático de precios sino un parámetro relativo, de referencia, como lo enuncia el artículo 6.º del Decreto 2170 de 2002 y la Corte Constitucional[72]. No obstante, el autor también propone ejercer un con-

---

71 Dávila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., pp. 206 y ss.

72 La Corte declaró la exequibilidad del sistema al considerar que no constituía un control previo generador de coadministración por parte de la Contraloría. "Mediante el cumplimiento de las reglas de consulta del SICE, explica la Corporación, el Contralor General no interviene en el proceso contractual, toda vez que la entidad pública o el particular que administra bienes públicos conserva plena autonomía para decidir cuáles de las propuestas, ofrecidas pública y democráticamente a través de la Internet por todos los aspirantes a contratistas, resulta más conveniente al contrato que pretende ser celebrado [...] Ni los listados de bienes y servicios ni las bases de datos de los proveedores, más los precios ofrecidos por éstos, constituyen condicionamiento alguno para la celebración del contrato: aquellos operan como catálogo guía o referencia cruzada que permite escoger la opción más favorable a las necesidades de la negociación. Evidentemente que la obligación que tienen los actores públicos de consultar las bases de datos del SICE implica un deber adicional de responsabilidad para con el manejo de los dineros públicos, que eventualmente repercutirá en los procesos de revisoría fiscal realizados por la Contraloría. No obstante, mientras esa consulta se realice y las entidades públicas verifiquen las condiciones económicas y financieras más favorables al contrato por realizarse, que, dicho sea de paso, es su obligación, aquéllas conservan plena autonomía y libertad en la celebración de sus contratos"

trol sobre los precios injustificados sobre la base de la nulidad por objeto ilícito por evidente transgresión del artículo 3.º de la Ley 80 sobre la finalidad de los contratos estatales[73]. En el fondo habría también una genaralización de la lesión que parece de realización difícil.

Si bien es cierto que el contrato ha sido objeto de una formidable evolución hacia la realización de un instrumento equilibrado de intercambio de bienes y servicios, no es menos cierto que el sistema económico liberal se sustenta sobre la base de la libertad contractual. Pese a las críticas y la evolución de la teoría de la autonomía de la voluntad (supra n.º 99 y ss.), la libertad contractual sigue siendo un pilar básico de esta concepción económica que abre la posibilidad de hacer buenos o malos negocios. Por el contrario, si el equilibrio contractual se concibe sobre la base de una equivalencia justa de prestaciones, bajo una concepción aritmética del carácter sinalagmático de los contratos, la transacción económica inherente al contrato no será objeto de la libre competencia y de las leyes del mercado sino el fruto de un estándar del valor de las prestaciones contractuales, determinable más por peritos que por las partes del contrato. Ni el intervencionismo contractual y ni siquiera el comunismo, nunca llegaron tan lejos.

Reflejo del liberalismo, el Código Civil acepta de manera excepcionalísima la lesión enorme, no sólo al restringirla a ciertos casos previstos por la ley[74], sino también al permitirla sólo en caso de un muy importante margen de desequilibrio del negocio jurídico[75] y consagrar un reequilibrio particular[76]. Por

---

(CCC, sentencia C-716/02 del 3 de septiembre de 2002, Diego Hernán Gamba Ladino, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 598 de 2000).
El valor indicativo del sistema se vio ratificado con la sentencia de la misma Corte (13 de mayo de 2003, C-384/03, Luis Ricardo Gómez Pinto) que declaró la inexequiblidad del poder reglamentario del Contralor, establecido por los artículos 1.º, 3.º y 5.º de la misma ley, para definir los términos y condiciones de funcionamiento del sistema. La Corte resalta que "el CUBS y el RUPR, orientados de manera particular a la transparencia de la actividad contractual en cumplimiento de los fines del Estado, si bien son elementos del SICE, expanden su órbita de acción al proceso mismo de contratación estatal, pues estos catálogo y registro deberán ser consultados en etapas anteriores y concomitantes con dicho proceso, por lo que quienes deseen intervenir en ella deberán ajustarse al umbral de precios allí registrados y a la reglamentación que para el efecto se expida. Entonces, con el fin de rodear de condiciones de transparencia a la contratación estatal como un factor determinante de su legitimidad, mediante el establecimiento de estos catálogo y registro, es evidente que se introducen condiciones y requisitos para el acceso a la contratación estatal".

73 Cit., p. 207.

74 CC, art. 1946. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme. Art. 1949. No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia.

75 CC, art. 1947. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

su parte, el Código de Comercio, aunque establece un prinicipio general, se limita a prever que "cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo" (art. 872), lo que no genera necesariamente la revisión del contrato ni su nulidad.

Con todo, frente a la contratación de la administración la problemática nunca es enteramente asimilable a las relaciones comerciales entre los particulares. De ahí, la ineludible ambivalencia de la naturaleza de todo contrato estatal: el erario público involucrado en los negocios jurídicos de la Administración, así como los intereses en juego, hacen que un particular equilibrio inicial de las prestaciones contractuales siempre ha de estar presente. Es este el parámetro básico de control ejercido por el juez administrativo sobre las conciliaciones públicas, instrumento de composición de litigios que ha de partir de la libertad de las partes para llegar a un acuerdo y que implica cierta libertad de disposición por parte de éstas. Es el mismo parámetro que servirá a las entidades de control, en particular a la Contraloría, para poder establecer si un determinado contrato contiene precios injustificadamente distantes de los estándares establecidos por el SICE. La dificulad, sin embargo, no parece ser el enunciado del necesario equilibrio, sino su análisis concreto frente a situaciones no groseramente inequitables, definición que está en manos de la jurisprudencia.

564.e. En fin, en cuanto al *principio de la buena fe* en la ejecución de los contratos como fuendamento del *principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*, la sentencia recuerda que las exigencias de dicho principio imponen a las partes observar "criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato", deberes a partir de los que concluye la prestación a cargo de la entidad contratante "de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico".

Aunque el principio de la buena fe pueda imponer a la Administración, de manera genaral, la reparación de los daños antijurídicos de su contratista, ello en nada nos ayuda a determinar por qué se considera antijurídico –en el sentido constitucional del término, como perjuicio que el contratista no debe soportar– todo *imprevisto perjudicial* en desarrollo del contrato.

---

76 CC, art. 1948. El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentado en una décima parte.
No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

564f. *Indemnización integral: un principio relativo*. No obstante, la Corte Constitucional ha restringido implícitamente el alcance del *principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*, con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y de los artículos de la Ley 80 de 1993 sobre el equilibrio contractual. El artículo 16 prescribe:

"Artículo 16. *Valoración de daños*. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los *principios de reparación integral y equidad* y observará los criterios técnicos actuariales" (cursivas fuera del texto original).

El actor de la demanda de inconstitucionalidad contra este artículo consideró que la obligación a cargo del Estado de reconocer la reparación integral de los perjuicios causados implica exceder su capacidad de pago y hacer prevalecer la garantía del patrimonio del particular frente a las disposiciones constitucionales sobre la dignidad humana (art. 1.º Superior), la primacía del interés general sobre el particular (arts. 1.º, 58 y 209 de la Constitución), el principio de igualdad material y de trato por parte de las autoridades (art. 13 Superior), la existencia de un orden social justo (Preámbulo y art. 2.º de la Constitución), el deber de no abusar de los derechos propios (art. 95 num. 1 de la Constitución), los límites del bien común a la iniciativa privada (art. 333 de la Constitución), la prohibición de otorgar auxilios a particulares (art. 335 Superior) y la obligación de no contraer endeudamiento superior a la capacidad de pago (art. 364 Superior). A su juicio, un sistema de responsabilidad con fundamento en la reparación integral de los perjuicios constituye un método que favorece la exclusión económica por encima de la solidaridad y la redistribución del reducido patrimonio del Estado, al destinar importantes sumas monetarias para reparar los perjuicios de una sola víctima en vez de financiar otras obras o proyectos con mayor impacto social.

Pero la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre estos reproches, y otros que resaltaban la concepción jurisprudencial en extremo amplia de la responsabilidad del Estado, en la medida en que no ponían de presente, de manera concreta, contradicciones con los textos constitucionales que el actor consideraba violados[77]. La sentencia recuerda que el artículo ya había sido objeto de pronunciamientos por parte de la Corte pero con alcance restringido,

---

77 CCC, Sentencia del 21 de octubre de 2003, C-965/03, Néstor Raúl Correa Henao, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 y los artículos 4.º, 5.º, 14 y 27 de la Ley 80 de 1993.

por cuanto los procesos se habían circunscrito a establecer que el artículo no viola la reserva de ley estatutaria prevista en el artículo 152 de la Carta[78] y que no es contrario al principio de unidad de materia, consagrado en el artículo 158 Superior[79]. El juez constitucional no se pronunció entonces en ninguno de los tres fallos sobre el fondo del problema, es decir, determinar si el principio de reparación integral del daño es contrario a la Constitución.

Sin embargo, la sentencia recuerda que el alcance del derecho a reparación es materia cuya competencia se atribuye al legislador, como lo dejó claramente establecido la Corte en la sentencia C-916/02 sobre el artículo 97 del Código Penal del 2000, artículo que limita a 1.000 salarios mínimos legales mensuales la indemnización por daño extrapatrimonial derivado de una conducta punible. En este proceso, en el que la norma era acusada por establecer una limitación al principio constitucional de reparación integral, la Corte explicó que dicho principio no tiene una naturaleza absoluta. "La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entienda que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños. Se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados por un hecho punible tienen derecho a la reparación, mediante 'la indemnización de los prejuicios ocasionados por el delito' (num. 1, art. 250, C. P.). Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la 'reparación integral', puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta"[80].

Por consiguiente, el rango constitucional que la Corte da a la reparación integral de los daños constituye un principio cuyo contenido específico no está determinado por la Carta, aunque la interpretación sistemática de los valores constitucionales, reforzada por el derecho internacional y el derecho comparado, permiten orientar la delimitación de este concepto jurídico indeterminado, teniendo en cuenta que *reparación integral* equivale a una *justa indemnización de la parte lesionada*[81]. Quiere ello decir que para determinar el contenido concreto de la *reparación integral* es necesario descender del rango normativo constitucional, o en otros términos, que la concreción del principio es infraconstitucional. "En

---

78 CCC, Sentencia de 24 de febrero de 1999, C-114/99, Andrés de Zubiría Samper, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1.º, 9, 16, 26, 30, 43, 44, 64, 90 y 100 de la Ley 446 de 1998.

79 CCC, Sentencia del 4 de mayo del 2000, C-487/00, Alejandro Martínez Molina, demanda de inconstitucionalidad contra el art. 16 de la Ley 446 de 1998.

80 CCC, Sentencia del 29 de octubre de 2002, C-916/02, Camilo Andrés Baracaldo Cárdenas, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, "[p]or la cual se expide el Código Penal".

81 Ídem.

la medida en que la Constitución política no define ni precisa el concepto de reparación integral, explica la Corte en la sentencia C-965/03 citada, es al Congreso de la República, en desarrollo de la libertad de configuración política, a quien compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los métodos para cuantificarlo".

Bajo esta concepción, la misma sentencia rechaza los argumentos del actor contra el artículo 27 de la Ley 80 sobre el equilibrio contractual que, según él, confundiría el punto de no pérdida del contratista particular con el pago del lucro cesante, permitiendo entonces que a favor del aquél se reconozca una indemnización integral cuando la ruptura del equilibrio financiero del contrato no sea imputable a las partes. La Corte "no desconoce que, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, incluidas las normas acusadas, se han adoptado posiciones doctrinales y jurisprudenciales que, en torno al punto, unas coinciden en que el monto de la indemnización a favor del contratista debe ser integral, es decir, incluir costos y beneficios –*damnum emergens* y *lucrum cessans*–, mientras que otras limitan tal reparación sólo a los costos o *damnum emergens*". Pero el juez constitucional aclara de manera enfática que este es un problema de interpretación legal cuya precisión corresponde a la jurisdicción administrativa y no a la constitucional.

Podemos concluir entonces que en el fondo, aunque de manera implícita, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, al explicar el rango legal y no constitucional del derecho a reparación. Y como el artículo tan sólo se limita a reproducir en la ley el principio constitucional, al prescribir que "la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad", es forzoso concluir que no contradice la Constitución. Con todo, el enunciado del artículo 16 no concreta el principio constitucional de reparación integral, en la medida en que no precisa el contenido del principio. Por consiguiente, en materia de responsabilidad administrativa contractual, este texto es neutro frente a las disposiciones específicas de la Ley 80 que regulan la materia, y por ello es a éstas a las que habrá que remitirse para determinar el alcance de las indemnizaciones a que tiene derecho tanto el contratista como la Administración, cuando uno u otra resulten lesionados con ocasión del contrato. Ya hemos tenido oportunidad de hacer este análisis (supra n.º 162 y ss.) que, como veremos en la sección siguiente (infra n.º 568 y ss.), se ve confrontado a la interpretación del Consejo de Estado, aunque la jurisprudencia reciente se muestra en plena evolución hacia la revaluación de tesis adoptadas.

De cualquier manera, no parece osado afirmar que desde el punto de vista constitucional, la Carta se limita a enunciar el principio de responsabilidad

patrimonial del Estado sin fijar su régimen jurídico ni su régimen indemnizatorio (art. 90) y que el principio de reparación integral enunciado por la Corte Constitucional tan sólo equivale, pese a la importancia que ello conlleva, a una *indemnización justa y equitable*. Por consiguiente, tanto los regímentes concretos de responsabilidad administrativa como los de indemnización no tienen rango constitucional, realidad normativa frente a la que es difícil afirmar que los principios constitucionales trasladan a la administración pública todo riesgo extraordinario que se presente en la ejecución de un contrato estatal, como lo hace la sentencia C-832/01 citada.

Por su parte, y aunque veremos una evolución reciente, la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha reforzado la concepción del traslado de riesgos a la entidad contratante, a través del análisis de los intereses de las partes contratantes.

2. LOS INTERESES DIVERGENTES DE LAS PARTES

565. *Mejores relaciones entre los contratantes, un objetivo del legislador.* Resulta innegable que una de las razones que llevó al legislador a expedir la Ley 80 fue mejorar las relaciones entre la administración y sus contratistas. La exposición de motivos del proyecto de ley[82] y las ponencias para debate tanto en comisión como en las plenarias[83] afirman con claridad la necesidad de cambiar la actitud autoritaria de las entidades contratantes y el clima de *desconfianza recíproca* entre las partes.

El texto de la ley reconoce la existencia de intereses distintos de las partes pero, al mismo tiempo, obliga a cada una a tener en cuenta el interés fundamental de la otra para lograr la empresa común: el contrato. Finalmente, el interés *convergente* de las partes es la buena marcha del contrato.

566. *Interpretación del Consejo de Estado a favor del contratista.* Sin embargo, la jurisprudencia del alto tribunal interpreta este esfuerzo de conciliación de intereses en favor del contratista de la administración. La concepción de la corporación advierte que los intereses de las partes son de cierta manera inconciliables por ser *esencialmente* divergentes. En efecto, el Consejo de Estado considera que ellos son, "para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista: la obtención de un provecho económico", y que "se establece en-

---

82 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en BETANCUR CUARTAS. Ob. cit., p. 100.

83 Ibíd., p. 148 (ponencia para primer debate en comisiones 4.as de Senado y Cámara), p. 161 (ponencia para segundo debate en Senado) y 168 (ponencia para segundo debate en Cámara).

tonces la regulación económica del negocio y a través de la misma se orienta la relación contractual. El concepto analizado reviste especial importancia en aquellas relaciones contractuales conmutativas y de ejecución a mediano o a largo plazo, en razón a que cualquier variación que se presente en la economía del contrato necesariamente incide en el equilibrio financiero del mismo"[84].

Sobre este principio, el Consejo de Estado concluye que la administración debe soportar de manera integral las consecuencias de toda situación imprevista, no imputable al contratista, que modifique el equilibrio contractual. Para la alta corporación la *obtención de un beneficio* es un derecho fundamental del contratista que debe ser garantizado por la entidad contratante. El contratista asume los riesgos normales pero no los riesgos extraordinarios y por ello tiene derecho a obtener todos los beneficios calculados al momento de celebrar el contrato, en la contratación directa, o al presentar su propuesta, en la licitación o concurso públicos. El no indemnizar integralmente al contratista conllevaría un sacrificio indebido de su parte, en aras de la satisfacción de un interés general que es por completo una carga de la administración.

567. *Una noción simplificada de la responsabilidad.* Esta explicación del Consejo de Estado parece haber llevado demasiado lejos la intención del legislador de proteger al contratista. Con esta verdadera *garantía de riesgos* la ecuación contractual se concibe como la garantía del provecho esperado por el contratista al momento de celebrar el contrato[85], y la noción de responsabilidad se simplifica en extremo: toda

---

84 CEC. Sección Tercera. 9 de mayo de 1996, *Sae*, t. 307, fls. 140 a 266. En el mismo sentido: Sentencia del 26 de febrero de 2004, Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda., t. 561, fls. 254-341: "Para establecer el contenido del concepto 'equilibrio' cabe tener en cuenta lo que motiva a cada uno de los sujetos de la relación jurídico negocial derivada del contrato estatal; para el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal. El contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico negocial". Por el contrario, nos esforzamos antes por demostrar que el artículo 3.º de la Ley 80 enuncia la *convergencia de los intereses diversos* de las partes (supra n.º 55).

85 "El Estado, con el fin de cumplir los fines esenciales consagrados en la Constitución y la ley, acude a la contratación con los particulares, ante la imposibilidad de asumir por sí mismo la ejecución de las tareas necesarias para lograr su cometido. El particular se compromete con la consecución de tales fines, movido por el ánimo no sólo de colaboración sino especialmente para reportar un provecho económico en su favor. Este tema indudablemente tiene incidencia en la política de modernización del Estado o de apertura económica porque, sin lugar a dudas, todas las normas que prevén actualmente el manejo económico del contrato estatal bien pueden hacer más llamativa la vocación a contratar con las entidades de derecho público colombiano. Desde la propia génesis del contrato, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración, el logro de los fines esenciales del Estado, y para el contratista, la obtención de un provecho económico en su favor" (CEC, Sección Tercera, 29 de abril de 1999, *Constructora A & C. S. A.*, t. 396, fls. 1 a 65).

responsabilidad contractual está fundada sobre la ecuación contractual, que implica en todos los casos una indemnización plena del contratista[86].

B. LAS MANIFESTACIONES DE LA RESPONSABILIDAD POR MODIFICACIÓN DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL

568. *Distorsión de la concepción francesa*. La noción simplificada de responsabilidad así enunciada se aleja de la concepción francesa que diferencia la responsabilidad contractual sobre la base de la culpa, de la responsabilidad sin culpa. En varias ocasiones el Consejo de Estado ha condenado a las entidades sobre la base de la *ruptura del equilibrio contratractual* por los incumplimientos de las obligaciones de la entidad contratante[87], lo que es contrario a la lógica misma de la teoría, que tan sólo puede aplicarse a la responsabilidad sin culpa, como lo hemos visto (supra n.os 155 y ss.)[88]. Esta simplificación excesiva ha llevado incluso al Consejo de Estado a aplicar la ecuación contractual en eventos en los que aún no existe contrato, como en los costos asumidos por un futuro contratista, derivados de la celebración tardía del contrato[89].

569. *Sentencias heterogéneas.* Nuestro derecho positivo, así como nuestra doctrina, no tienen un deber de respeto de las concepciones francesas, que nos parecen profundamente modificadas por el texto de la Ley 80, como hemos insistido. Sin embargo, pese a la unificación del fundamento de la responsabilidad, cumplida por nuestro Consejo de Estado, las decisiones se siguen apo-

---

86 "Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: 1.º Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante. 2.º Por actos de la administración general como Estado. Hecho del príncipe. 3.º Por factores exógenos a las partes del negocio. Teoría inicialmente llamada de la imprevisión" (CEC, Sección Tercera, 21 de junio de 1999, *Prodes Ltda*., t. 398, fls. 200 a 279. La dcotrina constata simplemente esta jurisprudencia sin ningún comentario crítico: DÁVILA VINUEZA. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, cit., p. 496: "Con el advenimiento de la Ley 80 de 1993, las causas generadoras de ruptura sirven para explicar el fenómeno pero no producen elementos diferenciadores en cuanto a la entidad de la reparación. Siempre, dan lugar al reconocimiento de los mayores costos en que hubiere incurrido el contratista y al respeto de la utilidad inicialmente prevista o connatural a un determinado contrato, dadas unas específicas condiciones"; ARIZA MORENO. "Fraccionamiento de contratos estatales, contratos adicionales, actualización y revisiones contractuales", cit., p. 328.

87 CEC, Sección Tercera. 15 de febrero de 1999, Jorge Paulino León Escobar, t. 390, fls. 93 a 134; 29 de abril de 1999, Constructora A & C. S. A., t. 396, fls. 1 a 65; 11 de mayo de 1999, Fondo Nacional del Ahorro, t. 396, fls. 286 a 304.

88 M. GUERRERO. "Compensaciones de la ruptura del equlibrio financiero del contrato", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, cit., p. 237.

89 CEC, Sección Tercera. 9 de octubre de 1997, Construcciones y Maquinaria Cymsa José Trespalacios, t. 357, fls. 226 a 279; 2 de julio de 1998, José Luis Gaona Torres, t. 375, fls. 118 a 153.

yando sobre las teorías tradicionales francesas, lo que genera en realidad una pluralidad de manifestaciones del supuesto principio unificado. Veamos entonces estas distintas posibilidades cuya diversidad no permite clasificarlas en grupos homogéneos.

1. TERMINACIÓN UNILATERAL

570. *Fundamento en el interés general.* La jurisdicción administrativa indemniza al contratista por la terminación unilateral del contrato en aras del interés general. Es el caso de un contrato de obra que no pudo ejecutarse por la carencia de planos y estudios apropiados. La entidad contratante se vio obligada a interrumpir su ejecución y luego a terminarlo unilateralmente. En el proceso la administración justificó su decisión en la ausencia de aprobación del pre-proyecto urbano, la falta de planos de acueducto, de alcantarillado y de energía, así como del estudio de suelos y de niveles, lo que resultaba fundamental para la determinación de los volúmenes y ritmos de trabajos. Además, al terminar los estudios faltantes y establecer el presupuesto de la la obra, la entidad se dio cuenta que resultaba más interesante celebrar una convención con otra entidad y no con un contratista privado.

El Consejo de Estado reconoció que el acto administrativo de terminación "no estaba viciado de ilegalidad, toda vez que la administración estaba expresamente facultada para expedirlo y realmente existía la grave inconveniencia para el interés público, que le sirvió de fundamento. Lo anterior no impide que el contratista obtenga una retribución por los perjuicios que esa decisión haya podido ocasionarle"[90].

Con independencia de las acciones disciplinarias posibles por la negligencia administrativa al contratar sin los estudios previos necesarios (num. 3 art. 26 Ley 80), lo que nos interesa resaltar en cuanto a la reparación del daño causado al contratista es su indemnización total admitida pese a la declaración de legalidad del acto de terminación.

2. MODIFICACIÓN UNILATERAL

571. *Fundamento en la justicia.* Las modificaciones de las condiciones de ejecución del contrato ordenadas por la administración conllevan también la indem-

---

90 CEC, Sección Tercera. 24 de marzo de 1995, Rodrigo Obonaga Gaitán. t. 274, fls. 374 a 396. En el mismo sentido, CEC, 21 de abril de 1994, Industrias El Hombre Caimán, t. 228, fls. 142 a 156.

nización del contratista, tanto en sus gastos como en sus expectativas de ganancia[91]. "El ejercicio del *ius variandi* hace nacer, en favor del contratista-colaborador de la administración, el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica, pagándole el mayor trabajo realizado. Esto se explica no sólo a la luz de la ley sino también del derecho, y de los supremos valores que lo informan, entre los cuales *el de justicia lo explica todo*"[92] (cursiva fuera de texto).

Esta fórmula es muy importante en la medida en que refleja un apoyo sobre un valor o fuente extralegal. El Consejo de Estado no se limita a recordar el fundamento legal de la indemnización, sino que pone de presente la existencia de *valores supremos* que la legitiman, a saber, *el derecho* y *la justicia*. Se trata de un paso significativo hacia la formulación de las garantías ofrecidas al contratista, que caracterizan la jurisprudencia en esta materia. La sentencia va entonces más allá de la fuente positiva para formular una regla de derecho sobre la base de valores jurídicos externos a los establecidos por el legislador, valores por ella llamados *supremos*, que *explican todo*.

3. MODIFICACIONES SIN ÓRDENES REGULARES

572. *Los "acuerdos" informales.* Pese al poder de modificación unilateral de la entidad contratante es frecuente que ésta realice *acuerdos* más o menos informales con su contratista para el pago de las modificaciones introducidas a las condiciones iniciales de ejecución del contrato, lo que se presenta con frecuencia en los contratos de obra.

573. *Formalidades de los contratos adicionales.* Antes de la existencia de los estatutos contractuales, y con base en la jurisprudencia homogénea sobre las modificaciones de las condiciones de ejecución de los contratos, la Ley 36 de 1966 había previsto en su artículo 4.º la celebración de contratos adicionales para el pagos de los desequilibrios contractuales: "… en caso de necesidad de modificación del precio, del plazo o por reajustes de precios, cambios de especificaciones técnicas u otras causas imprevistas, las entidades contratantes suscribirán contratos adicionales…".

Más tarde, el Decreto Ley 222 de 1983 había precisado que los contratos adicionales concernían a eventos diferentes del ejercicio de los poderes contractuales exorbitantes (modificación, interpretación y terminación unilatera-

---

91 CEC, Sección Tercera. 21 de junio del 1999, Prodes Ltda., t. 398, fls. 200 a 279.

92 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1995, Samuel Reales Ortiz, t. 287, fls. 116 a 158.

les) y de los que daban lugar a los mecanismos de revisión de precios previstos en el mismo estatuto. Además, imponía ciertas formalidades para la celebración de los contratos adicionales: estaban limitados al 50% del valor original del contrato con los reajustes por devaluación monetaria; la entidad debía prever previamente las disposiciones presupuestales correspondientes y su ejecución exigía la ampliación de las garantías contractuales y el pago de los impuestos respectivos (art. 58).

La Ley 80 redujo las formalidades y utilizó una expresión más genérica al prescribir en el parágrafo de su artículo 40 que "los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

574. *Ordenes informales.* Pero la administración ordena con frecuencia la realización de trabajos o servicios suplementarios sin celebrar contratos adicionales. Es necesario entonces determinar sobre qué fundamento jurídico se pueden reconocer indemnizaciones al contratista por estas prestaciones y cómo fijar su valor.

Frente a los contratos a precios unitarios, hemos visto que la jurisprudencia estima que no hay necesidad de contratos adicionales si las modificaciones se limitan al aumento o a la reducción de las cantidades de unidades de obra o servicio previstas inicialmente en el contrato, por cuanto el precio de estos contratos no varía sino cuando hay modificación de los precios unitarios[93].

Por el contrario, en las otras formas de pago de los contratos el problema existe y frente a él las soluciones del Consejo de Estado no son homogéneas por cuanto pueden apoyarse en un *análisis subjetivo* del comportamiento de las partes (a), o bien sobre un *análisis objetivo* (b) de las prestaciones.

a. ANÁLISIS SUBJETIVO

575. *Tres principios.* Las decisiones fundadas sobre el comportamiento de las partes permiten enunciar tres principios generales. Precisemos sin embargo que se trata de tendencias, porque las decisiones heterogéneas no ofrecen completa seguridad jurídica.

576. *No pago de los trabajos sin vínculo directo con el objeto contractual.* El primer principio es el rechazo de los trabajos que no tienen un vínculo directo con el objeto contracual. El contratista no puede apoyarse en un acuerdo sin las forma-

93 Ver la exposición de las sentencias correspondientes así como las reservas que formulamos frente a ellas (supra n.os 176 y 315).

lidades necesarias para obtener el pago de estas prestaciones. Debe, en consecuencia, soportar el desequilibrio financiero en su contra pese a la utilidad de su trabajo para la administración. La violación de los requisitos exigidos por la ley y la ausencia de vínculo de las prestaciones con el contrato originalmente celebrado dejan al contratista por fuera de toda relación contractual. La jurisprudencia ve en estas prestaciones una realización a costa y riesgo del contratista.

En un contrato de construcción de una carretera, el Consejo de Estado no reconoció 70 horas de utilización de un bulldozer por parte del contratista en la mejora de un estadio municipal, por cuanto "no se trata de una obra adicional o complementaria al contrato, pues, como consta a folio 57 del cuaderno principal, es una solicitud independiente, formulada por la Alcaldía de Ovejas a la firma contratista para realizar un trabajo en el estadio de softbol"[94].

De manera más estricta, una sentencia rechazó toda indemnización al contratista por trabajos que beneficiaron a varios municipios pero que no tenían vínculo directo con el contrato de obra celebrado. Ecopetrol había contratado la contrucción de un oleoducto que atravesaba una región difícil en cuanto al orden público y en cuanto a la pobreza de los municipios. Los habitantes de varios de éstos aprovecharon la importante obra para solicitar ayuda a la compañía petrolera así como a su contratista. Como consecuencia de varias manifestaciones y paros cívicos la obra se interrumpió y, después de reuniones entre Ecopetrol, su contratista y representantes de las poblaciones, éstos últimos obtuvieron un *compromiso* para la realización de varios trabajos, que comprendían la reparación de caminos, la construcción de escuelas y de centros de salud. Después de realizar estas obras, el contratista reclamó a Ecopetrol su pago, y ante su negativa demandó ante el contencioso administrativo por éstas y otras pretensiones indemnizatorias. Pero el Consejo de Estado no condenó a la compañía estatal por estos rubros al considerar que "los costos asumidos por SAE [el contratista] para efectuar labores y ejecutar obras ajenas al contrato LEG-A259-86, además de ser extrañas a las obligaciones contractuales inicialmente convenidas, carecen de respaldo probatorio necesario para deducir que Ecopetrol había aceptado reconocer y pagar las erogaciones que por tales conceptos llegara a hacer la empresa contratista"[95]. Aunque Ecopetrol había reconocido su existencia y participado en los acuerdos, no había aprobado las obras de manera expresa y por consiguiente se debía considerar que el contratista las había realizado voluntariamente sin comprometer la responsabilidad de la entidad contratante.

---

94 CEC, Sección Tercera. 6 de agosto de 1998, William Jiménez Martínez, t. 379, fls. 123 a 140.
95 CEC, Sección Tercera. 9 de mayo de 1996, *Sae*, t. 307, fls. 140 a 266.

577. *Protección de la buena fe del contratista.* El segundo principio es la protección de la buena fe del contratista. El Consejo de Estado reconoce la indemnización integral cuando las autorizaciones irregulares auspician en el contratista de buena fe la convicción de la aprobación regular de las obras. En un contrato a precio global en el que sus cláusulas preveían la celebración de contrato adicional en caso de modificaciones de las condiciones de ejecución, y pese a que el contrato respectivo no incluyó la variación del precio original, el Consejo de Estado reconoció el pago integral de las obras realizadas con fundamento en varios documentos internos de la entidad contratante y actas de reuniones con el contratista que reconocían la necesidad de las obras, consecuencia de cambios en el proyecto original. Las pruebas allegadas al proceso mostraban "que efectivamente la contratante había ordenado obras adicionales; y que demuestran además un comportamiento inadecuado y de mala fe de la entidad contratante, al negarse a suscribir un contrato adicional y a reconocer el valor de dichas obras al contratista"[96].

Una posición similar fue adoptada en un contrato de obra en el que las cláusulas establecían la posibilidad de trabajos suplementarios por medio de una simple orden de servicio siempre y cuando generaran modificaciones inferiores al 15% del precio del contrato. Por el contrario, el contrato exigía un contrato adicional firmado por el presidente de Telecom, entidad contratante, si las modificaciones a las condiciones originales de ejecución superaban este porcentaje. La entidad ordenó trabajos suplementarios por encima del porcentaje contractual sin celebrar un contrato adicional. No obstante, el Consejo de Estado reconoció la indemnización integral del contratista después de constatar que las obras eran indispensables y que la entidad contratante las había recibido sin observaciones:

> Si la entidad por su falta de planeación y por su deficiente organización autorizó al contratista la mayor cantidad de obra y las obras adicionales, mal puede alegar ahora, apoyada en el Decreto 222 de 1983, que dichas obras no pueden ser objeto de reconocimiento, pues fue la misma entidad quien propició los acuerdos al margen de lo dispuesto en la normatividad citada, que ahora alega en su defensa.
>
> El reconocimiento de las mayores cantidades de obra y de las obras adicionales, es fruto de la aplicación de la justicia conmutativa, sobre la cual debe descansar la interpretación de los contratos administrativos[97].

---

96 CEC, Sección Tercera. 29 de agosto de 1996, Hidroelectric de Colombia Ltda. y Germán Varela Flórez, t. 317, fls. 155 a 178.

97 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1995, Samuel Reales Ortiz, t. 287, fls. 116 a 158.

El análisis de la buena fe de las partes desplaza el centro de interés del problema. Las irregularidades formales, que incluyen violación de las previsiones reglamentarias y contractuales, se ven atenuadas ante la relevancia del carácter conmutativo de la relación contractual. La evaluación subjetiva del comportamiento de las partes permite proteger la *ecuación contractual*.

578. *Carácter vinculante de los contratos adicionales.* Un tercer principio, que se opone en cierta forma al precedente, resalta la fuerza vinculante de las obligaciones surgidas del contrato adicional. Los contratistas deben ser prudentes a la hora de firmar estos contratos por cuanto la jurisprudencia puede dar pleno y exacto valor al acuerdo de voluntades. Según este principio el contratista no puede pretender la indemnización de prestaciones ajenas al contrato adicional pese a su aceptación por la administración y pese a su utilidad para ésta. El Consejo de Estado considera como una carga contractual la diligencia del contratista en la inclusión de las prestaciones suplementarias y su pago en el contrato adicional[98].

Pero es posible que, pese a los términos del contrato adicional que no reconoce los gastos suplementarios, la alta corporación considere que hay un desequilibrio objetivo de las prestaciones y condene a la entidad a indemnizar integralmente al contratista incluso durante la interrupción del contrato[99]. Esta forma de razonar ilustra bien la concepción objetiva de la ecuación contractual. El Consejo de Estado interpreta en favor del contratista la omisión del contrato adicional sobre la indemnización de las obras complementarias. La omisión no puede así traducirse en una renuncia del contratista a su derecho de restablecer la ecuación contractual. El análisis de la buena fe no se centra en el comportamiento específico de las partes sino en el modelo ideal de comportamiento. Por ello el Consejo de Estado resalta que no es *normal* que un contratista privado renuncie a la obtención de beneficios[100].

b. ANÁLISIS OBJETIVO

579. *Enriquecimiento sin causa*. En ocasiones el Consejo de Estado utiliza otro fundamento para reconocer la indemnización integral del contratista: el enriquecimiento sin causa. Con base en este principio general la jurisprudencia

---

98 CEC, Sección Tercera. 2 de mayo de 1996, Enrique Falla Falla, t. 306, fls. 308 a 324 y 2 de julio de 1998, José Luis Gaona Torres, t. 375, fls. 118 a 153.

99 CEC, Sección Tercera. 9 de marzo de 1998, Shinel Compañía Ltda. y Equiprol Ltda., t. 366, fls. 37 a 89.

100 Ídem. En el mismo sentido, CEC, Sección Tercera, 9 de marzo del 2000, Consas Ltda., t. 413, fls. 72 a 112.

deja de lado el análisis de la regularidad de la orden de servicio para concentrarse en la constatación objetiva de un empobrecimiento del contratista por el hecho de realizar prestaciones ajenas al contrato original. En un contrato para la instalación de una red eléctrica de un municipio el contratista realizó, por solicitud de la entidad contratante, una serie de planos técnicos que no estaban incluidos en las prestaciones originales del contrato. La administración rechazó su pago por cuanto se trataba de prestaciones extracontractuales. El contratista demandó a la entidad ante el contencioso administrativo y el Consejo de Estado consideró que su derecho a una indemnización integral se fundaba en la teoría del enriquecimiento sin causa[101].

580. *Desbordamiento del enriquecimiento sin causa*. Esta decisión parece contraria a las particularidades de la teoría del enriquecimiento sin causa afirmadas tanto por la doctrina civil[102] y administrativa[103] como por la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado. En primer lugar, por cuanto la teoría exige que el empobrecimiento sea correlativo al enriquecimiento, es decir que objetivamente debe existir una equivalencia entre el valor del empobrecimiento del contratista y el enriquecimiento de la administración. Por esta razón la acción correspondiente es la *actio in rem verso*, lo que supone buscar el restablecimiento de la situación original a nivel de los patrimonios de las partes. Por consiguiente, la restitución a la que tiene derecho el contratista está doblemente limitada. Por un lado, no debe ser superior al valor económico del beneficio obtenido por la administración; en otros términos, la indemnización no debe cubrir sino la plusvalía procurada al patrimonio de la entidad contratante. Y por otro lado, no debe superar tampoco el real y efectivo empobrecimiento del contratista, esto es, el valor económico equivalente a la disminución de su patrimonio. Por consiguiente, el contratista sólo podrá reclamar el específico empobrecimiento que ha soportado, lo que limita su indemnización al daño emergente. El lucro cesante le será entonces negado. El Consejo de Estado respetaba esta lógica en su jurisprudencia tradicional al negar intereses sobre el valor de las obras reconocidas y al explicar que la *actio in rem verso* no es una acción de responsabilidad sino un simple y objetivo reequilibrio de patrimonios[104].

---

101 CEC, Sección Tercera. 2 de julio de 1998, José Luis Gaona Torres, t. 375, fls. 118 a 153. En el mismo sentido, 11 de mayo de 1999, Fondo Nacional del Ahorro, t. 396, fls. 286 a 304.

102 TERRE, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil*, cit., pp. 788 y ss.

103 MODERNE. *Les quasi-contrats administratifs*, cit.

104 CEC, Sección Tercera. 6 de septiembre de 1991, Olivetti Colombiana S. A., t. 138, fls. 205 a 227: "encuentra la Sala acertado el criterio del *a quo* al abstenerse de condenar al pago de los intereses corrientes sobre el monto o valor del indebido enriquecimiento como lo pidió la sociedad demandan-

Por el contrario, en la reparación del perjuicio fruto de una prestación suplementaria ordenada lo que se busca no es el *restablecimiento* de una situación original sino *el pago integral de un servicio*, lo que como es natural incluye el porcentaje de utilidad al que todo contratista aspira lícitamente al contratar.

En segundo lugar, la teoría del enriquecimiento sin causa exige, como su nombre lo indica, la ausencia de una causa jurídica, lo que excluye las modificaciones del contrato por cuanto, aunque las prestaciones realizadas no estén comprendidas en las cláusulas contractuales, tienen una causa jurídica materializada en el poder de la administración contratante de ordenarlas.

En tercer lugar, la teoría exige una ausencia de interés personal del empobrecido. La *actio in rem verso* es rechazada cuando el empobrecido tiene una intención de liberalidad en su comportamiento, así como una aspiración especulativa o de ganancia. Esta exigencia se basa en la equidad, base de la teoría, que prohibe el enriquecerse en detrimento de otro *sin una causa jurídica*, lo que no ocurre cuando el contratista realiza prestaciones extracontractuales con la esperanza de que le sean pagadas y de obtener beneficios por un servicio.

Y, finalmente, la teoría clásica es muy crítica frente al comportamiento del contratista en la medida en que su culpa en la realización de prestaciones extracontractuales puede restringir la indemnización pagada por la administración e incluso impedirla en aplicación de la compensación de culpas[105].

La concepción actual del Consejo de Estado parece entonces apoyarse más en el equilibrio objetivo de las prestaciones contractuales que en la teoría del enriquecimiento sin causa.

581. *Jurisprudencia heterogénea más favorable al contratista*. Las sentencias del Consejo de Estado sobre las modificaciones del contrato sin orden regular son variadas y en ocasiones contradictorias. Sin embargo, una tendencia general parece esbozarse. La jurisprudencia protege de manera amplia los intereses económicos del contratista pese a las irregularidades de los contratos adicionales y más genéricamente de las modificaciones de las condiciones contractuales. El respeto de los requisitos impuestos por la ley para variar las condiciones de ejecución del contrato parece constituir una obligación para la administración mas no para los contratistas. Esta informalidad de los contratos adicionales, o de las adiciones a los contratos originales –expresión genérica utilizada por la Ley 80 en el parágrafo de su artículo 40–, revela el ánimo del Consejo de

---

te, porque en casos como el de estudio la condena se produce es a título de restitución, en ningún caso de indemnización por perjuicios".

105 CEC, Sección Tercera. 11 de octubre de 1991, Hennio Publicidad Ltda., t. 153, fls. 142 a 198: adiciones irregulares a un contrato de publicidad con el fin de evadir el proceso licitatorio.

Estado de proteger ante todo el equilibrio objetivo de las prestaciones contractuales. Pero la garantía de beneficios ofrecida al contratista acrecienta los costos para la administración así como los riesgos de corrupción al reconocer indemnizaciones extracontractuales.

4. EL HECHO DEL PRÍNCIPE

Sin volver sobre el análisis de la concepción del hecho del príncipe según los términos de la ley, del que nos ocupamos en un capítulo precedente[106], conviene ahora concentrarnos sobre su interpretación jurisprudencial.

582. *Evolución jurisprudencial.* Tradicionalmente el Consejo de Estado ha adoptado una *concepción amplia de la teoría* (a) frente a la noción francesa *stricto sensu*. Pero las decisiones recientes revelan la *aceptación de la noción francesa* (b).

a. EL HECHO DEL PRÍNCIPE "LATO SENSU"

583. *Noción tradicional de nuestra jurisprudencia.* Una sentencia de 1992 definió el hecho del príncipe en los siguientes términos:

> Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del álea administrativo. Hecho siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada[107].

En este caso, el contratista de la empresa de servicios públicos de Medellín había solicitado una indemnización por la promulgación de una ley que aumentó el IVA, lo que le había generado gastos imprevistos. El Consejo de Estado le reconoció el derecho a una indemnización integral.

584. *Concepción diferente a la jurisprudencia francesa.* Esta concepción del hecho del príncipe no es compartida por la jurisprudencia francesa por dos razones.

Por un lado, la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio a la entidad contratante impide la aplicación de la teoría, por cuanto el autor del acto (Nación-Congreso de la República) es distinto de la administración contratante

---

106 Cfr. capítulo "Ecuación contractual", supra n.os 162 y ss.

107 CEC, Sección Tercera. 27 de marzo de 1992, Ceat General de Colombia S. A., t. 155, fls. 76 a 93.

(municipio). Con todo, el contratista francés en un caso similar podrá eventualmente obtener indemnización sobre la base de otras teorías. En el campo de la responsabilidad contractual tendría derecho a una indemnización parcial sobre la base de la imprevisión, si el equilibrio financiero del contrato hubiese sufrido un trastorno importante, como lo vimos en su momento (supra n.º 554). En el marco de la responsabilidad extracontractual, habría tenido derecho a la indemnización integral por parte de la Nación-Congreso de la República, sobre la base de la responsabilidad por el hecho de las leyes, a condición de probar la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, lo que parece difícil por cuanto el carácter general de los impuestos grava indistintamente a todos los contratistas.

Por otro lado, para la jurisprudencia francesa la responsabilidad por el hecho del príncipe es contractual[108] y no extracontractual, como lo afirma nuestro Consejo de Estado en el extracto transcrito.

585. *¿Confirmación de la noción tradicional después de la Ley 80?* "La modificación del equilibrio –afirma el Consejo de Estado en un análisis general de la ecuación contractual– puede tener origen en actos de la administración como Estado, y es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como 'el hecho del príncipe', según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe esta restablecerse"[109].

586. *Una simplificación extrema*. Esta jurisprudencia simplifica las dificultades de la noción de hecho del príncipe. Sin detenerse en los problemas de identificación y clasificación de los distintos tipos de actos que pueden afectar la ejecución del contrato, considera que la teoría comprende cualquier manifestación de la voluntad unilateral de una autoridad pública, bien sea un acto general o particular, legal o reglamentario, de la entidad contratante o de cualquiera otra.

b. ACEPTACIÓN DE LA NOCIÓN FRANCESA

Pese a esta sentencia, decisiones recientes han marcado una evolución sustancial en la materia al aceptar enteramente la concepción clásica y reforzar el análisis concreto de los actos constitutivos del hecho del príncipe.

---

108 *Traité*, t. II, p 761; RICHER. *Droits des contrats administratifs*, cit., p. 257.

109 CEC, Sección Tercera. 15 de febrero de 1999, Jorge Paulino León Escobar, t. 390, fls. 93 a 134. En el mismo sentido, CEC, 9 de mayo de 1996, *Sae*, t. 307, fls. 140 a 266. De igual manera, algunos doctrinantes: C. HOLGUÍN HOLGUÍN. "El equilibrio contractual", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 122; Y. AROCHA ALARCÓN y JORGE PINO RICCI. "El equilibrio económico y financiero del contrato", en *Régimen de contratación estatal*, cit., p. 267.

587. *El hecho del príncipe: acto general proferido por la entidad contratante.* Pese a las cláusulas contractuales, la Oficina de Cambios del Banco de la República negó a un contratista la posibilidad de utilizar el pago anticipado del contrato en dólares para la compra de equipos destinados a la obra objeto del contrato con la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, lo que lo obligó a comprar a través de *leasing* con un sobrecosto significativo. El contratista demandó a la empresa ante el tribunal de arbitramento pactado para obtener el pago de los perjuicios soportados, sobre la base de la teoría del hecho del príncipe y con apoyo en la sentencia de 1992 que transcribimos antes. Pero el laudo arbitral negó la pretensión con los siguientes argumentos.

El tribunal precisa, en primer lugar, que la jurisprudencia del Consejo de Estado exige un daño especial. Además, con apoyo en la doctrina francesa y argentina, el laudo recuerda que el acto considerado como hecho del príncipe debe emanar de la autoridad contratante, entendida en sentido estricto como persona moral. Por consiguiente, el acto del Banco de la República no podía ser imputado a la Empresa de Energía de Bogotá, por cuanto es una persona jurídica diferente. Y en tercer lugar, el tribunal considera que la teoría tan sólo es aplicable a los actos generales y no a los actos particulares y concretos como el que dio origen al perjuicio[110].

588. *Las leyes no constituyen hecho del príncipe.* En el mismo sentido, el Consejo de Estado rechazó una conciliación entre una entidad pública y su contratista en la que se le reconocían indemnizaciones por la promulgación de la Ley 100 de 1993, sobre el sistema de seguridad social, y por la Ley 80. El acuerdo entre las partes había reconocido como daño indemnizable los sobrecostos en un contrato de servicios profesionales. El Consejo de Estado consideró:

> … no existe evidencia contundente sobre el hecho de que la promulgación de las leyes 80 y 100 de 1993 hubiera causado aumento del costo y costo adicional al contrato "sobre información gerencial" suscrito entre las partes. La promulgación de leyes que inciden en el acontecer administrativo no debe, en principio, generar costos mayores o extras en la ejecución de contratos de prestación de servicios, consultorías o asesoramientos porque la actividad profesional de los contratistas les debe permitir acomodar la prestación de sus servicios o productos a la nueva y siempre cambiante realidad normativa. Salvo casos excepcionales, suficientemente acreditados, podría pensarse en el surgimiento de tales sobre y extracostos que deban cubrirse por la entidad contratante[111].

---

110 Sentencia arbitral del 10 de agosto de 1994, Consorcio Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustriales *vs.* Empresa de Energía de Bogotá, Laudos arbitrales, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1996, t. I, p. 298 a 302.

111 CEC, Sección Tercera. auto del 30 de enero de 1998, Consultoría Colombiana y Grupo Consultor Colombiano Ltda., t. 363, fls. 1 a 8.

Con esta decisión la jurisprudencia parece exigir la existencia de un *daño especial* y, por consiguiente, su posición difiere de la tradicional.

589. De manera más concreta, la Sala de Consulta rindió un concepto fundamentalmente diferente a la concepción tradicional. El Ministerio de Transporte le preguntó si la Ley 104 de 1993, que impuso una contribución especial a los contratistas del 5% del valor del contrato, constituía un hecho del príncipe[112].

El Consejo de Estado respondió "que los impuestos fijados por el Congreso o las entidades territoriales son ajenos a la ecuación contractual de los convenios celebrados con las entidades públicas porque obviamente se excluyen del incumplimiento y de la modificación unilateral del contrato".

El concepto agrega que los impuestos tampoco pueden ser considerados como constitutivos de imprevisión por cuanto no se trata de hechos imprevistos y externos a las partes que tienen *relación directa* con la ejecución del contrato sino de decisiones *con ocasión del contrato.* Además, "este impuesto grava, a partir de la vigencia de la ley, la actividad particular dedicada a celebrar contratos principales o adicionales de obras públicas para la construcción y mantenimiento de vías, colocando a los sujetos pasivos en igualdad de condiciones frente a la ley y a las cargas públicas". Y finalmente, concluye la Sala, si el precio del contrato se aumenta en la suma equivalente al contrato éste se torna ineficaz en cuanto sería transferido a la entidad contratante, lo que es contrario a la Constitución y a la ley[113].

590. *Noción estricta del autor del acto.* Las tendencias a la restricción de la noción de hecho del príncipe se ven reforzadas por una última obervación. Como lo avanzamos ya, según los términos de la Ley 80 el hecho del príncipe debe restringirse a los actos proferidos por la administración contratante, incluso en los contratos celebrados por entidades públicas sin personalidad jurídica, por cuanto el artículo 2.º de la ley les reconoció de manera expresa competencia contractual, contrariamente a la jurisprudencia francesa que vimos antes[114]. Según el numeral 9 del artículo 8.º de la ley es necesaria una imputación directa a la entidad contratante[115]. Además, el

---

112 Ley derogada por el artículo 131 de la Ley 418 de 1997. Sin embargo esta ley conservó el impuesto en su artículo 120.

113 CEC. Concepto del 19 de septiembre de 1994, Ministerio de Transporte, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 637-94.

114 Supra n.º 541.

115 Art. 4.º Ley 80 de 1993: "*De los derechos y deberes de las entidades estatales*. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales […] 90. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse".

numeral 1 del artículo 5.º de la ley establece el derecho de los contratistas a que "la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas *que no sean imputables a los contratistas*" (cursiva fuera de texto).

590a. *Adopción de la noción francesa*. Con el antecedente de la consulta citada, la sección contenciosa del Consejo de Estado cambió su jurisprudencia para aceptar la noción clásica del hecho del príncipe en estos términos:

"El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato se presenta cuando concurren los siguientes supuestos:

a. La expedición de un acto general y abstracto.

b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.

c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.

d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.

[...]

"La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión[116].

[...]

"La doctrina coincide en que para la aplicación de la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico-financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, 'cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante', ya que el álea 'normal', determinante de perjuicios 'comunes' u 'ordinarios', aun tratándose de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal

---

116 En igual sentido, CEC, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2003, Mario Alberto Huertas Cotes, t. 556, fls. 35-73.

ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato[117].

"De ahí que la dificultad que enfrenta el juez al momento de definir la aplicación de la teoría del hecho del príncipe consiste en la calificación de la medida, toda vez que si la manifestación por excelencia del soberano es la ley, no existe, en principio, como consecuencia de ésta responsabilidad del Estado. Ese principio, sin embargo, admite excepciones y se acepta la responsabilidad por el hecho de la ley cuando el perjuicio sea especial, con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas"[118].

En el caso concreto, frente a la aplicación de la teoría por la aparición de nuevos impuestos, la sentencia consideró, luego de resumir la evolución jurisprudencial en la materia, que "sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan *per se* el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, exigencia que coincide con lo expresado por la doctrina como se anotó antes"[119].

5. LA IMPREVISIÓN

El Consejo de Estado conserva las *condiciones de aplicación de la teoría francesa* (a) pero transforma la *indemnización reconocida al contratista* (b), aunque la jurisprudencia reciente enuncia un cambio importante al respecto.

---

117 Nota original: MIGUEL S.MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, III-A, 3.ª ed., p. 482. Cabe señalar que este fue el criterio acogido en la exposición de motivos presentada por el Gobierno en el proyecto de ley que luego se convirtió en Ley 80 de 1993. Allí se dijo que uno de los supuestos que podían dar lugar a la responsabilidad contractual del Estado era 'la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante' (*Gaceta del Congreso,* 23 de septiembre de 1992, p. 15).

118 CEC, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., exp. 14.577.

119 Ídem. En igual sentido, sentencias del 28 de agosto de 2003, Castro Tcherassi & Cía. Ltda. y otros, t. 539. fls. 33-60; 4 de septiembre de 2003, Concay Ltda., t. 537, fls. 171-211; 18 de septiembre de 2003, Castro Tchrassi y Cía. Ltda, t. 539, fls. 182-221; 11 de diciembre de 2003, Conciviles S. A., t. 556, fls. 74-114.

a. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA

591. La declaración de un estado de imprevisión exige:

> 1. Que se trate de un contrato administrativo de ejecución sucesiva, como el contrato de concesión o de construcción de obra. 2. Que se trate de un evento excepcional ajeno a la voluntad de la parte que alega la imprevisión, y que altere temporalmente la economía del contrato. 3. Que se trate de un acontecimiento que no haya sido posible prever por las partes al momento de la suscripción del contrato. 4. Que el evento haga especialmente onerosa la ejecución del negocio jurídico. 5. Es necesario que el contratante no haya suspendido la prestación del servicio[120].

Estas condiciones generales de la imprevisión, recordadas recientemente por el Consejo de Estado[121], han sido precisadas por la corporación, en particular en lo referente a la imputación del hecho generador de la imprevisión, que plantea desde distintos ángulos el problema de la imprevisibilidad del álea, y la identificación de lo que la doctrina francesa llama el *umbral de imprevisión*, que constituye el punto a partir del cual se considera que el evento imprevisto ha hecho demasiado onerosa la ejecución del contrato.

592. *Imputación del hecho nuevo.* La alta corporación se muestra particularmente celosa en el análisis del origen del hecho dañoso y su carácter externo a las partes. El Consejo de Estado rechaza el estado de imprevisión cuando el contratista ha propuesto precios extremadamente bajos para ganar la licitación, con fundamento en la prohibición expresa de esta estrategia establecida por el numeral 6 del artículo 26 de la ley[122]. Pero la jurisprudencia exige que el

---

120 CEC, Sección Tercera. 19 de junio de 1996, Editorial Mercurio S. A., t. 311, fls. 317 a 338.

121 CEC, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., cit.: "La teoría de la imprevisión se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Según Riveró, para que la teoría se aplique se requieren tres condiciones: '– Los cocontratantes no han podido razonablemente prever los hechos que trastornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave). – Estos hechos deben ser independientes de su voluntad. – Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever.' (JEAN RIVERÓ. *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 142)". En igual sentido, sentencias del 28 de agosto de 2003, Castro Tcherassi & Cía. Ltda. y otros, cit.; 4 de septiembre de 2003, Concay Ltda., t. 537, fls. 171-211; 18 de septiembre de 2003, Castro Tchrassi y Cía. Ltda, cit.; 11 de diciembre de 2003, Conciviles S. A., t. 556, fls. 74-114 y 26 de febrero de 2004, Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda., t. 561, fls. 254-341.

122 Num. 6 art. 26 Ley 80 de 1993: "Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las

hecho no sólo sea ajeno al contratista sino también a la entidad contratante. De manera rigurosa, una sentencia consideró que la suspensión de las obras debida a la acción del sindicato de la entidad contratante no podía ser considerada como un hecho externo a ésta por cuanto los miembros del sindicato eran trabajadores de la empresa[123].

Desde otro punto de vista, el Consejo de Estado analiza de manera concreta los eventos que pueden constituir una fuerza mayor o, de manera genérica, los hechos que no son imputables al contratista. Es el caso de la construcción de un oleoducto que se vio afectada por un invierno excepcionalmente severo. El alto tribunal consideró sin embargo que las dificultades resultantes del factor climático constituían un factor importante del contrato, en la medida en que en esa región, al igual que en casi todas las regiones del país "la permanencia de una temporada de invierno o de verano casi siempre es incierta y susceptible de inesperadas variaciones". Tal circunstancia no podía pasar desapercibida para las partes y de manera especial para la contratista, empresa que debía ser conocedora de las múltiples dificultades que podían sobrevenir durante la construcción del oleoducto, pero de manera muy especial y relevante, respecto de la topografía montañosa y de la severidad y variación climática propia de esta zona geográfica. Así las cosas, desde el momento mismo de la oferta la firma contratante ya sabía de esos problemas e inconvenientes de la naturaleza, conocía lo escabroso del terreno en la cordillera Oriental, estaba obligada a conocer el rigor de las bajas temperaturas, pero por sobre todo debía saber que la programación de la obra en cuanto al clima o a la temporada invernal no ofrecía ninguna garantía, que la pluviometría no era físicamente fácil de establecer y, en fin, que se trataba de un álea que asumió desde el instante mismo en que se comprometió en la construcción del oleoducto. Se infiere de las anteriores consideraciones que la mayor permanencia del contratista en la obra le resulta jurídicamente atribuible a ésta por causa de la temporada invernal o lluviosa"[124]. En otro caso, el Consejo de Estado reprochó al contratista el no haber

---

que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato".

123 CEC, Sección Tercera. 9 de marzo de 1998, Shinel Compañía Ltda.; Equiprol Ltda., t. 366, fls. 37 a 89. En este caso la USO impuso *de facto* la suspensión de un contrato de Ecopetrol para protestar por la contratación externa de servicios asegurados antes directamente por la empresa.

124 CEC, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 1996, SAE, t. 307, fls. 140-266. En igual sentido, sentencia del 1 de septiembre de 2003, Mario Alberto Ibáñez Parra, t. 538, fls. 325-382: "No acreditó la ocurrencia de hechos imprevisibles, pues como se explicó precedentemente, el invierno y los deslizamientos en la vía, en el caso concreto, son hechos naturales, que el contratista manifestó conocer cuando formuló su propuesta y que por ende asumió".

adoptado medidas necesarias para evitar el bloqueo de una obra frente a la ocurrencia de un fuerte invierno[125].

593. *Imprevisibilidad del hecho nuevo.* En cuanto a esta condición, la jurisprudencia no tiene una posición uniforme sobre un aspecto importante en una economía sujeta a la inflación: la modificación de los precios.

594. *Las fórmulas de actualización de precios impiden la imprevisión.* En la mayoría de los contratos se incluyen cláusulas que fijan fórmulas de actualización de precios o de revisión de los mismos. Es una previsión que reduce la posibilidad de aplicación de la teoría, y la Ley 80 la previó como una manera de conservar el valor intrínseco original del contrato a través de fórmulas matemáticas que toman en cuenta las variaciones económicas de los factores determinantes de los costos contractuales (num 8 art. 4.º). Pero cabe preguntarse si estas previsiones contractuales impiden todo reconocimiento de indemnización por variación de precios.

En principio, El Consejo de Estado otorga un valor importante a los acuerdos de las partes. Ello lo llevó a rechazar la revisión de una cláusula que preveía la actualización de los precios unitarios en un contrato de obra, pese a su carácter irrealista con relación a las condiciones económicas. La prórroga de la duración del contrato por causas ajenas al contratista aumentó los costos indirectos de la obra tornando inadaptada la fórmula pactada. Pero el Consejo de Estado puso de presente que el contratista había aceptado todos los contratos adicionales que aumentaban el plazo de ejecución del contrato sin revisar el precio, y que nada permitía deducir que se trataba de imposiciones unilaterales de la entidad contratante. Por consiguiente, el contratista no tenía derecho a ninguna indemnización[126].

595. *Equilibrio objetivo del contrato por hechos previsibles.* Con todo, el Consejo de Estado fue más allá de la teoría de la imprevisión al reconocer indemnización sobre la base del desequilibrio objetivo de las condiciones contractuales, pese a que la imprevisibilidad de la modificación a las condiciones de ejecución del contrato no estaba probada en el proceso. En un contrato de arrendamiento de un inmueble a la Cámara de Representantes por un año, renovable automáticamente y sin fórmula alguna de revisión del canon, el Consejo de Estado revisó éste último para ajustarlo a los índices de inflación que no era ni imprevisible ni extraordinaria. Además de la imprevisión, afirma el Consejo de Estado,

> existen otros mecanismos que conducen a la equidad de la relación contractual por circunstancias que pudieron ser previstas por las partes, y aun si no se contemplaron

---

125 CEC, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2002, Andina de Construcciones Ltda, t. 497, fls. 12-60.

126 CEC. 9 de marzo 1998, Shinel Compañía Ltda.; Equiprol Ltda.

> en el contrato deben reconocerse cuando ocurran si de ello depende su ejecución en condiciones justas y el mantenimiento de la ecuación financiera del mismo; regulación de la naturaleza de los contratos onerosos y conmutativos y de obligaciones recíprocas que resulta de vital importancia determinarla, dado que cualquier variación en la economía de éstos durante su vigencia, que se caracteriza por ser más o menos larga, rompe el equilibrio deseado[127].

Con esta decisión el Consejo de Estado reduce la exigencia de la imprevisibilidad para concentrarse en el desequilibrio objetivo del contrato. La evaluación del comportamiento de las partes –implícita en el análisis de la imprevisión– se ve remplazada por una apreciación de equidad o de justicia, inherentes a la operación contractual. La alta corporación privilegia así la conmutatibidad de las prestaciones contractuales, con independencia de las previsiones iniciales de las partes[128].

595a. *El umbral de imprevisión*. El Consejo de Estado ha recordado recientemente la importancia que la doctrina clásica da a la magnitud del daño soportado por el contratista, por cuanto no todo perjuicio genera la aplicación de la teoría de la imprevisión. Es necesario que tenga una magnitud especialmente grave[129]. Esta exigencia se explica por la particularidad de la teoría clásica administrativa, que tuvimos oportunidad de esbozar (supra n.os 545 y ss.). El *valor jurídico* esencialmente protegido con la teoría es la continuidad del servicio público relacionado con el contrato, y es justamente para garantizar que la administración contratante viene en ayuda de su contratista, quien de otra manera se vería obligado a interrumpir la ejecución del contrato ante el desfase del equilibrio de este último, o peor aún, se vería obligado a continuar su ejecución a costa de su ruina. Pero en la medida en que el álea es completamente ajeno, no sólo al contratista sino también a la entidad contratante, el auxilio de ésta tan sólo se justifica si el déficit del contrato es particularmente grave. Bajo esta observación de principio, la jurisprudencia fija dos parámetros determinantes del *umbral de imprevisión*, como frontera entre lo previsible y lo imprevisible.

---

127 CEC, Sección Tercera. 15 de febrero de 1999, Jorge Paulino León Escobar, t. 390, fls. 93 a 134.

128 Bajo la misma lógica el numeral 8 del artículo 4.º de la Ley 80 impone la revisión de las fórmulas de actualización de precios cuando las convenidas en el contrato no corresponden con la realidad. Las entidades "utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios…".

129 CEC, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., cit.; 28 de agosto de 2003, Castro Tcherassi & Cía. Ltda. y otros, cit.; 4 de septiembre de 2003, Concay Ltda., cit.; 18 de septiembre de 2003, Castro Tchrassi y Cía. Ltda, cit.; 11 de diciembre de 2003, Conciviles S. A., cit.

En primer lugar, el déficit de la economía del contrato debe ser apreciado globalmente, es decir, como señala el Consejo de Estado citando al maestro Gaston Jèze, que 'para calcular el monto de dicha carga (se refiere a la excepcional), es preciso sumar el total de los gastos propios de la explotación y el total de los ingresos y créditos, comparando luego los dos totales. No debe deducirse, del déficit total, la parte que correspondería al alza que se juzga previsible de los elementos del precio de costo. [...] [P]ara determinar si la explotación es deficitaria, se debe considerar todo el contrato y no tal o cual parte de éste. Puede suceder que una cláusula del contrato entrañe una pérdida. Esto no basta; es necesario tener en cuenta todas las cláusulas del contrato. Si, con todos estos elementos, la explotación no resulta deficitaria debido a circunstancias excepcionales, la teoría de la imprevisión no se aplica. Ello sucederá con mayor razón si, en definitiva, el contratante obtiene un beneficio del conjunto del contrato'[130].

En segundo lugar, es indispensable determinar de manera concreta el monto a partir del cual la economía global del contrato se torna gravemente deficitaria. Este segundo parámetro se desdobla a su vez en dos criterios. El primero indica que, al tratarse de establecer el déficit del contrato, no es suficiente que el contratista deje de percibir ganancias por el álea extraordinaria que soporta. La imprevisión "supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever [...] Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante[131]".

130 Nota original: Gaston Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial de Palma,1950, t. v, p. 57, en CE sentencia del 29 de mayo 2003, cit.

131 Cita y nota de la sentencia: Gastón Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1950; t. v, pp. 51, 53 y 54. La teoría de la imprevisión y las diferentes circunstancias que pueden causar ruptura del equilibrio del contrato, fueron objeto de examen por esta Sala en la sentencia del 20 de septiembre de 1979, Exp. 2742 (actor: Francia Alegría de Jacobus). La demandante solicitaba la suspensión, restitución y pago de perjuicios en un contrato de arrendamiento de un inmueble de su propiedad, destinado al funcionamiento de oficinas y archivo públicos,

Y en cuanto al segundo parámetro de determinación del déficit estructural de la operación contractual, la jurisprudencia estudia muy concretamente los márgenes de imprevistos pactados por las partes en el contrato. Desde esta perspectiva no se trata de determinar la naturaleza imprevista o imprevisible del evento, cuyo análisis vimos antes, sino de establecer la parte de la remuneración del contratista destinada justamente a paliar los imprevistos. Por consiguiente, en la determinación del límite entre lo previsto y lo imprevisto habrá de tenerse en cuenta este factor que integra una parte del AIU (Administración, *Imprevistos* y Utilidad) establecido por el mismo contratista en ciertos contratos. Al respecto, el Consejo de Estado explica que "es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato"[132]. Y cita al doctrinante español Gaspar Ariño Ortiz, para quien "el porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados *a priori* en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios [...] El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el álea del contrato"[133].

Bajo esta observación, el Consejo de Estado concluye que "en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restableci-

---

por incumplimiento en el pago del canon de arrendamiento y la aplicación del principio de la imprevisión por haberse roto el equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de circunstancias económicas que hacían imperiosa la modificación de sus condiciones iniciales. La Sala negó las pretensiones de la demanda y consideró que "resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre 'enorme alteración' por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración".

CE sentencia del 29 de mayo 2003, cit.

132 Ídem.

133 G. Ariño Ortiz. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 168.

miento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato. Debe, pues, el contratista soportar un álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo"[134]. Por consiguiente, en el cálculo de lo previsible no basta con determinar si el hecho generador del perjuicio era en sí mismo imprevisto e imprevisible. Su incidencia sobre el costo global soportado por el contratista ha de desbordar además el tope del rubro asignado a los imprevistos en el precio del contrato.

En conclusión, podemos resumir que la aplicación de la teoría de la imprevisión exige probar concretamente el déficit de la economía global del contrato. Y para ello es necesario hacer un balance genaral en el que se determine el total de todos los ingresos del contratista, el total de sus gastos y los costos imputables al contrato, para luego compararlos y obtener un saldo positivo o negativo, teniendo en cuenta que la falta de ganancia genera un saldo neutro y no negativo. Pero, además, si el saldo es negativo, deberá establecerse si el porcentaje de imprevistos determinado en el precio del contrato no lo cubre o lo cubre parcialmente. El resultado de esta operación determina lo que la doctrina francesa llama *el umbral de la imprevisión*, que delimita la frontera entre lo previsible y lo imprevisible. De manera práctica este *umbral* se determinará descontando del balance de la economía del contrato el "I" y el "U" del AIU (Administración, Imprevistos, Utilidades), que hace parte de la remuneración acordada por las partes.

b. INDEMNIZACIÓN INTEGRAL DEL CONTRATISTA: UNA JURISPRUDENCIA EN REVISIÓN

596. En la sentencia del 9 de mayo de 1996 el Consejo de Estado consagró la indemnización integral del contratista en los eventos de imprevisión. Recordemos los hechos que dieron lugar a esta decisión. En un contrato de obra para la construcción de un oleoducto el contratista soportó sobrecostos por la prórroga del plazo contractual, consecuencia de múltiples paros cívicos que forzaron la suspensión de la obra en varias oportunidades.

La existencia de un estado de imprevisión no parece dar lugar a controversias. Por el contrario, la sentencia se apoya en los siguientes argumentos para reconocer el derecho a una indemnización integral del contratista:

> Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación impre-

134 CEC, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, cit.

> vista el co-contratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que éste pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable de todos aquellos mayores costos en los que debió incurrir para lograr la ejecución del contrato.
>
> En el anterior orden de ideas, se considera que, frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador-contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal que sus expectativas vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su co-contratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aun extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros y ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación[135].

597. *Una decisión sorprendente.* Resulta difícil compartir los argumentos jurídicos del Consejo de Estado expuestos en esta sentencia. El numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80, soporte positivo de la decisión, restringe la indemnización del contratista al pago de las pérdidas soportadas directamente por él en caso de imprevisión. La indemnización a la que tiene derecho el contratista no es integral. Los términos del artículo parecen suficientemente claros en este sentido: los contratistas "tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato *a un punto de no pérdida* por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas" (cursiva fuera de texto). Además, la exposición de motivos del proyecto de ley expresaba con claridad esta intención, y de los debates parlamentarios se deduce que el legislador no pretendió cambiar la jurisprudencia al respecto sino tan sólo consagrarla de manera positiva en los textos[136]. Resulta entonces sorprendente que el Consejo de Estado concluya

135 CEC, Sección Tercera. 9 de mayo de 1996, *Sae*, t. 307, fls. 140 a 266. En el mismo sentido, CEC. 9 de marzo de 1998, Shinel Compañía Ltda.; Equiprol Ltda., t. 366, fls. 37 a 89.

136 Supra n.º 140.

que no se trata de una *ayuda parcial de la administración a su contratista* sino de un *perjuicio indemnizable integralmente*.

598. *Una jurisprudencia política*. La decisión pude explicarse si se tiene en cuenta la evolución de la noción de ecuación contractual del Consejo de Estado, así como de las otras manifestaciones de responsabilidad administrativa sobre el mismo principio, como lo vimos antes. Para el alto tribunal, las teorías sobre la responsabilidad contractual tan sólo constituyen maneras distintas de explicar un mismo problema jurídico: la ecuación contractual. Por consiguiente, la solución debe ser idéntica en todos los casos. El contratista privado tiene una perspectiva de provecho al momento de contratar que debe ser satisfecha en todos los casos, salvo una culpa de su parte.

599. *Intangibilidad de la ganancia*. En estas condiciones la obtención de una ganancia se convierte en un derecho fundamental del contratista. La *intangibi-lidad de la remuneración* del contratista –instaurada por la teoría clásica del contrato administrativo como un contrapeso a las prerrogativas de poder público[137]– se ve remplazada por la *intangibilidad de la ganancia*. Más aún, ésta última no sólo se aplica frente al ejercicio de las prerrogativas contractuales de la administración sino también en todas las circunstancias que afectan la economía del contrato, no imputables al contratista. La entidad contratante debe entonces soportar todos los riesgos no previstos por las partes al momento de celebrar el contrato.

600. Esta interpretación de la teoría de la imprevisión, así como la unificación del sistema de responsabilidad contractual, parecen desbordar ampliamente la intención del legislador e instauran una simplificación exagerada de los riesgos contractuales.

600a. *Revisión de la jurisprudencia sobre la indemnización integral*. Con todo, la jurisprudencia reciente anuncia un cambio sustancial de esta concepción. Ya tuvimos oportunidad de reseñar la evolución de la Corte Constitucional sobre el llamado por ella *principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos* y el carácter relativo del principio de *indemnización integral* (supra 564.a. y 564.f). A ello se suman las precisiones del Consejo de Estado sobre las condiciones de aplicación de la teoría de la imprevisión respecto de la determinación del *umbral de imprevisión*. En efecto, si en la valoración del déficit estructural de la economía del contrato no debe tenerse en cuenta la falta de ganancias que soporta el contratista como consecuencia del álea extraordinario, consideradas como un riesgo inherente al contrato (supra n.º 595a), resulta lógico concluir que el auxilio indemnizatorio que la entidad contratante otorga a su colabora-

137 *Traité*, t. II, p. 219.

dor contratista tiene como finalidad compensar justamente ese déficit, o como lo denomina la doctrina francesa, la carga extracontractual[138]. Por consiguiente, necesariamente el lucro cesante ha de ser excluido.

Además, la alta corporación ha explicado de manera expresa que la indemnización parcial en aplicación de la teoría de la imprevisión constituye una diferencia esencial frente a la teoría del hecho del príncipe. "Y lo anterior es así, por cuanto en el caso del hecho del príncipe lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual ella está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado.

'El hecho del príncipe constituye sin duda un caso de responsabilidad contractual de la administración. La vinculación a la teoría de la responsabilidad contractual explica en particular que el hecho del príncipe no dé lugar a reparación sino cuando él emana de la administración contratante misma, porque toda responsabilidad supone imputabilidad; tal es la diferencia que separa el hecho del príncipe de las sujeciones imprevistas o de la imprevisión, las cuales no reposan sobre la idea de responsabilidad. Él explica igualmente que la reparación se efectúe según las mismas reglas que en el caso de falta de la administración a sus obligaciones contractuales'[139].

"En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, ya que éste obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual, en el cual está fincado el interés de la entidad contratante.

'... es justamente ese interés público –que campea con iguales efectos en todo el derecho administrativo– el que da basamento jurídico a la teoría de la imprevisión.

El contrato administrativo persigue un fin de interés público y el cocontratante particular llega a él buscando un interés propio, privado, pero convirtiéndose a pesar de ello en un colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin.

---

138 R. Chapus. *Droit administratif*, cit., n.º 1386; "Lamy Droit public des affaires", Paris, Editions Lamy, 2004, n.º 2272.

139 Nota original de la sentencia: De Laubadère, André; Moderne, Franck; Delvolvé, Pierre, "Traité…", ob. cit., pp. 553 y 554.

Ese colaborador ha aceptado la relación contractual creada teniendo en cuenta una ecuación económico-financiera que existía al tiempo de la celebración del contrato, y que incluia el álea normal de toda negociación.

Cuando esa ecuación es trastrocada, creándose un álea anormal o extraordinario, no es justo que el cocontratante deba cargar con sus efectos, cuando él está colaborando en el logro de un fin de interés público. De ahí que la Administración deba concurrir en su ayuda, para restaurar el álea normal del contrato, su ecuación económico-financiera, máxime cuando el cocontratante ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica'[140].

Pero la indemnización en este caso no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta, sino que obedece a hechos ajenos a las partes, y la Administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista que de todas maneras tiene que ejecutar el contrato en condiciones adversas a sus cálculos iniciales. Al respecto, ha dicho la doctrina:

[...]

'Debe tenerse presente que la aplicación de la teoría de la imprevisión, a diferencia de lo que ocurre en los casos en que procede la teoría del hecho del príncipe, no importa el derecho del cocontratante a una compensación completa, integral, sino a la que sea necesario otorgarle, a fin de asegurar la ejecución del contrato y en la medida en que lo sea. Esta es la regla general que habrá de hacerse prevalecer en todos los casos.

'Por lo demás, se tendrán en cuenta las pérdidas o perjuicios sufridos, y no las ganancias posibles que el cocontratante hubiera podido obtener de no ocurrir el trastorno del contrato. La imprevisión no cubre ni asegura ganancias; sólo es una ayuda en las pérdidas. Por ello, y esta es otra condición importante, por vía de la teoría de la imprevisión no deben cubrirse todas las pérdidas sufridas por el cocontratante, sino las que sea menester cubrir para que el álea del contrato pase de un límite extraordinario o anormal a un límite normal o común. La administración pública, al otorgar esa ayuda al cocontratante, toma sobre sí ese perjuicio extraordinario, haciendo que la ecuación económico-financiera del contrato vuelva a condiciones razonables, contractuales'[141].

---

140 Nota original de la sentencia: Escola, Hector Jorge. ob. cit., p. 467.

141 Nota original de la sentencia: Escola, Hector Jorge. ob. cit., pp. 463 a 465.

"Para Bercaitz, el contratista afectado tiene derecho a reclamar 'sólo un aumento de su contraprestación'[142], y para Jèze 'la teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aun a preservarlo de cualquier pérdida. El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aun una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración'"[143].

601. El principio simplificado de responsabilidad brinda al contratista una situación de seguridad económica ajena a la tradición de los derechos público y privado. Pero las sentencias del Consejo de Estado no son homogéneas y su análisis revela mezclas de los principios clásicos de responsabilidad contractual sin culpa del contrato administrativo con valores generales como el de *justicia* y *equidad*, con lo cual la materia no gana en seguridad jurídica.

602. Sin duda la tradición jurídica francesa –fruto de una adaptación de la jurisprudencia a la evolución de las relaciones administración-contratistas, y de manera más general de las relaciones entre el Estado y los particulares– se vio profundamente transformada en nuestro país con la Ley 80. El fundamento de la responsabilidad contractual generó una mayor igualdad entre las partes bajo la concepción anglosajona del contrato, como intercambio conmutativo de bienes o servicios, y las tendencias generales recientes de nuestro derecho administrativo que otorgan un mayor lugar al derecho privado. Pero las nociones de responsabilidad de la Ley 80 no son claras. Al lado de este espíritu igualitario que hace compartir los riesgos contractuales entre las partes coexiste un propósito de protección del contratista, sin duda para auspiciar la colaboración

---

142 Nota original de la sentencia Miguel Ángel Bercaitz. *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1980, p. 153.

143 Nota original de la sentencia: Gastón Jeze. Ob. cit., p. 38.
cec, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Castro Tchrassi y Cía. Ltda., cit. En el mismo sentido, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda., t. 561, fls. 254-341; "Cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido. Dicho en otras palabras, sólo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no surge la obligación de reparar la integridad de los perjuicios. Según Rivero: *A diferencia de lo que ocurre en la teoría del príncipe, esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de las pérdidas sufridas, o carga extracontractual*.

del sector privado en la gestión administrativa, considerada indispensable para su desarrollo. Frente a esta ambivalencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado llevó al extremo el sentido de solidaridad para con el contratista transfiriendo de manera integral los riesgos contractuales a las entidades estatales, pero la jurisprudencia reciente indica una revisión de esta simplificación en el tratamiento de las distintas teorías de la responsabilidad contractual sin culpa.

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO SEGUNDO

603. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido un papel fundamental en la recuperación del derecho público al ofrecer a la administración contratante prerrogativas de poder público más significativas que las que existían en el contrato administrativo clásico y al extender la responsabilidad sin culpa de las entidades estatales a extremos inimaginables bajo los antiguos regímenes contractuales.

CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE

604. El régimen jurídico mixto de los contratos estatales exigía el reconocimiento significativo del derecho público para asegurar el cumplimiento de los objetivos de la contratación. El legislador imaginó una dosificación de la proporción del derecho público según las necesidades generales de la gestión administrativa y particulares de cada tipo de contrato, de tal suerte que los poderes de las entidades estatales debían reducirse a los mínimos indispensables. Pero la evolución del derecho contractual revela dificultades mayores para aplicar esta dinámica. La legislación complementaria contradictoria, en particular en el sector de los servicios públicos domiciliarios, la heterogeneidad de las concepciones de la misma Ley 80 y, sobre todo, la resistencia contundente de la jurisprudencia impiden un balance favorable del contractualismo y de la aplicación del derecho privado. Paradójicamente, el intento legislativo hacia el refuerzo del derecho privado se ve así desbordado por la consolidación del régimen público en materia contractual.

El régimen unitario de los contratos estatales anunciado por la Ley 80 se vio rápidamente desarticulado por el peso de las excepciones previstas por ella misma, y sobre todo por las leyes posteriores que acentuaron las tendencias neo liberales al afirmar la aplicación integral del derecho comercial y civil a múltiples contratos de las entidades públicas. La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado intentó dar coherencia a esta cacofonía legislativa, pero su análisis nos revela un resultado igualmente complejo al enunciar con firmeza los nuevos principios de la contratación contractual sin abandonar el trasfondo de la larga tradición del contrato administrativo clásico de influencia francesa. Contrario a lo que se pudiera esperar, el resultado es un régimen confuso en el que abundan las contradicciones tanto legislativas como jurisprudenciales y la redefinición de los equilibrios contractuales es incierta. La recuperación de la lógica contractual no desembocó en el reforzamiento del derecho privado de los contratos estatales. La autonomía de la voluntad, enunciada por el legislador como idea clave que reconoce la teoría general del contrato privado aplicable a todo contrato de la administración, se reduce en realidad a una concepción más flexible de la competencia contractual administrativa de las entidades estatales. Pero la evolución del derecho positivo y de la jurisprudencia ilustra la desconfianza frente a la libertad reconocida al administrador público, y la práctica contractual hace evidentes los riesgos.

La tradición jurídica ligada a las reglas de comportamiento de los servidores públicos exigía bajo el antiguo estatuto contractual autorizaciones expresas para la más mínima iniciativa no prevista de manera expresa por la ley o el reglamento. Tan sólo en 1988 el Consejo de Estado admitió la posibilidad de incluir cláusulas sobre los intereses de mora, considerados prohibidos hasta entonces por cuanto el estatuto contractual no los preveía[1]. Pero el mismo año la Alta Corporación negaba el reconocimiento de indemnizaciones fruto del desequilibrio financiero del contrato e incluidas en su liquidación, de tal suerte que era necesario un proceso para que el juez declarara su existencia y condenara a su pago[2]. De igual manera, fue necesario esperar la promulgación de una ley especial para que las empresas de telecomunicaciones pudieran celebrar contratos de *leasing*, conside-

1 CEC, Sección Tercera. 13 de mayo de 1988, Urbanizadora Villa Alicia, t. 279, fols. 86 a 104.

2 CEC. Concepto del 22 de abril de 1988, Ministerio de Educación, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 195-88.

rados antes imposibles en razón de la ausencia de un texto que los autorizara[3]. En este contexto, la flexibilidad de la competencia contractual enunciada por la Ley 80 significó un gran paso hacia la concepción de la autonomía de las entidades contratantes que les permite crear nuevos tipos contractuales y difinir con amplitud su contenido. Los principos generales de la Ley 80 brindan a las entidades la posibilidad de adaptar los contratos a las necesidades del servicio sin la tutela administrativa asfixiante de las autorizaciones y controles previos. Además, aceptar mayor flexibilidad en la gestión de la ejecución del contrato se traduce en la importante posiblidad de solucionar directamente los conflictos sin necesidad de acudir al juez administrativo y esperar un largo y costoso proceso para confirmar finalmente las soluciones evidentes y simples en la mayoría de casos.

No obstante, esta libertad no es sinónimo de derecho privado. No constituye una transformación de la esencia del contrato administrativo sino una evolución de la manera de concebir la competencia contractual de la administración pública, concebida tradicionalmente en exceso ligada. En estos términos, el régimen jurídico general de derecho privado anunciado por el artículo 13 de la Ley 80, e incluso el régimen exclusivo de derecho privado instaurado por las leyes especiales, contiene más un símbolo que una realidad. La afirmación del derecho privado constituye sobre todo un *cliché* para promover la imagen de una administración eficaz, según el modelo político inspirador de las tendencias de los últimos años en la gestión pública. El derecho administrativo se identifica con la ineficacia, el formalismo, la lentitud, la morosidad a la manera de camisa de fuerza, como afirmaba el proyecto de la Ley 80 a propósito del antiguo estatuto contractual. Por el contrario, el derecho privado se presenta como *sinónimo* de racionalidad, rapidez, progreso, modernidad y desarrollo.

Además, la intención legislativa de otorgar mayor autonomía a los administradores públicos y hacer del contrato una herramienta flexible acarrea una reducción de los controles sobre la actividad contracual. Al suprimir los controles de tutela ejercidos por la administración, por las corporaciones de elección popular y por las contralorías (control previo), la ley restringió el control a la amenaza de sanciones posteriores, ampliamente reforzadas por el principio de responsabilidad. Pero el objetivo legislativo de hacer de la responsabilidad un *contrapeso de la autonomía* es bien ilusorio. El ensanchamiento de la libertad ha permitido que la actividad contractual se convierta en la primera causa de corrupción administrativa, en un país en el que este flagelo es tan importante

---

3 Art. 11 Ley 13 de 1993.

como el de la guerrilla o el del narcotráfico y los organismos de control muestran pobres balances de su gestión. La mayor autonomía en los procesos de selección de los contratista ha permitido la realización de licitaciones *a la medida* de ciertos candidatos; la ausencia de control previo en la contratación directa consecuencia de la declaración de la urgencia manifiesta ha favorecido la utilización de este mecanismo de excepción para evitar las licitaciones, y la conciliación se ha confirmado como el medio ideal para realizar negociaciones irregulares que reconocen indemnizaciones millonarias a los contratistas o candidatos no seleccionados.

Por otra parte, la distorsión jurisprudencial de la teoría del enriquecimiento sin causa ha introducido un amplio consensualismo en la actividad contractual que permite *purgar* irregularidades, incluso substanciales, en la celebración de los contratos así como en la de sus adiciones en la realización de prestaciones extracontractuales[4].

Esta incertidumbre generada por el régimen contractual llevó a la jurisprudencia administrativa a reforzar el régimen exorbitante. Podía esperarse que en un régimen de principios como el de la Ley 80 la función del juez fuera la de un control mínimo de legalidad que respetara la voluntad del legislador de ofrecer mayor libertad a las entidades estatales contratantes. En realidad, el espacio abierto en favor de éstas por la desregulación concretada por la Ley 80 fue ampliamente colmado por la jurisprudencia, quien determina el valor de los principios enunciados de manera general por la ley, define su concreción y los completa según las reglas de la función administrativa. Esta función cuasilegislativa le ha permitido reforzar ampliamente las prerrogativas de poder público y, al mismo tiempo, redefinir la protección de los intereses económicos de los contratistas de la administración. El poder extraordinario del juez administrativo, reforzado por la unidad de jurisdicción, ha centrado sobre él la redefinición general del régimen contractual, y el peso de la tradición del derecho administrativo ha hecho del *régimen jurídico mixto* de la Ley 80 un *régimen administrativo reforzado* que en el fondo confirma las bases originales del contrato administrativo clásico.

Por su parte, el Gobierno Nacional constituyó en 1998 una comisión interinstitucional para la evaluación general de los disfuncionamientos del régimen de los contratos[5]. Sobre la base de sus conclusiones, el Ministerio de Justicia y

---

4 Diagnóstico realizado por los senadores Carlos Ardila y Javier Ramírez en "Pliego de modificaciones al proyecto de ley 186 de 1999. Senado 'Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, estatuto orgánico de contratación pública'".

5 El Decreto 1962 de 1998 designa los integrantes de la comisión: el Vicepresidente de la República o su

del Derecho presentó al Congreso un proyecto de reforma de la Ley 80 para mejorar la transparecia y combatir la corrupción[6]. El proyecto busca el refuerzo del respeto de los principios a través de restricciones a la libertad de las entidades contratantes: intensificación de la finalidad pública inherente a todo contrato, pliegos de condiciones generales definidos por decreto y obligatorios para todas las entidades contratantes, mayor detalle de la reglamentación de la contratación directa, creación de un nuevo principio de planificación que impone el respeto de las previsiones presupuestales y de estudios previos al proceso de selección del contratista, restricción de las posibilidades de modificación de los pliegos de condiciones, restricción del valor de las adiciones contractuales y reforzamiento de la unidad de jurisdicción del contencioso administrativo para todo contrato, con independencia de su régimen jurídico. En la misma línea otros proyectos de iniciativa parlamentaria proponen la restricción de casos de contratación directa, la obligación de todas las entidades de crear portales en Internet en los que se hagan públicos los procesos de contratación[7], o bien aplicar el estatuto contractual a las cooperativas, prohibir de manera explícita el fraccionamiento de los contratos, informar las intenciones de contratación con tres meses de anticipación, el control reforzado de la contratación directa[8], así como la inclusión de una *cláusula anticorrupción* en todo pliego de condiciones[9].

La tendencia legislativa sigue entonces la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado al restringir la tendencia hacia la privatización del régimen jurídico contractual de la administración y al reforzar el régimen exorbitante. Sin embargo, ninguno de estos proyectos se hizo realidad, por cuanto fueron archivados en comisión[10].

La evolución de nuestro régimen contractual confirma, al igual que en Francia[11], la especificidad del contrato estatal, y que la idea de privatizarlo no pare-

---

delegado, el Ministro de Justicia o su delegado, el Procurador General de la Nación o su delegado, el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Cotralor General de la República o su delegado y el Secretario de la Presidencia de la República o su delegado.

6 Proyecto de Ley 85 de 2000, "Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993", presentado en el Senado 2000 y publicado en *Gaceta*, n.º 369 de 2000.

7 Proyecto de Ley 23 de 2000, "Por la cual se dispone la transparencia de la contratación estatal", presentado por el senador Germán Vargas Lleras, en *Gaceta*, n.º 290 de 2000.

8 Proyecto de Ley 28 de 2000, "Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", presentado por el senador Luis Humberto Gómez Gallo, en *Gaceta*, n.º 290 de 2000.

9 Proyecto de Ley 103 de 2000, "Por medio del cual se adiciona el numeral 1 del artículo 11, el artículo 13 y el artículo 17 de la Ley 80 de 1993", presentado por el senador Camilo Sánchez Ortega, en *Gaceta*, n.º 411 de 2000.

10 Información de la secretaría del Senado en su página web www.secretariasenado.gov.co

ce viable. Por el contrario, la Ley 80 abrió una vía hacia una concepción más flexible de las particularidades de estos contratos que permita desarrollar mejor las funciones administrativas. Pero el reto de adaptar el régimen contractual a las nuevas exigencias administrativas que combinan eficacia y racionalidad pública perdura. La Ley 80 propuso una superposición de los derechos privado y público que en últimas generó una polarización irreconciliable entre los dos. Si se quiere evitar el reforzamiento del régimen exorbitante como reacción a los excesos de la libertad contractual será necesario redefinir las bases generales de la función pública para responder a las exigencias contemporáneas y, sobre todo, encontrar mecanismos novedosos de control administrativo que, sin asfixiar a la administración, sean efectivos. Sin un control eficaz de la gestión contractual el régimen jurídico mixto del contrato estatal no será una *tercera vía* entre el contrato administrativo y el contrato privado, sino un simple espejismo de la modernización de la gestión pública explotado políticamente.

---

11 Richer. *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 525.

OBRAS GENERALES

BENOÎT, F. P. *Le droit administratif français*, París, Dalloz, 1968.

CHAPUS, R. *Droit administratif*, t. I, 15.ª ed., París, Montchrestien, 2001.

CORNU, G. y HENRI CAPITANT. *Vocabulaire juridique*, 6. ª ed., París, PUF, 1996.

DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*, t. I, París, Ancienne librairie Fontemoing, 1927.

LACHAUME, J. F. "Les grandes décisions de la jurisprudence", en *Droit administratif*, París, PUF, 1999.

LONG, M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVAIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12.ª ed., París, Dalloz, 1999.

RODRÍGUEZ, L. *Derecho administrativo general y colombiano*, 9.ª ed., Bogotá, Temis, 1996.

RIVERO, J. y J. WALINE. *Droit administratif*, París, Dalloz, 1998.

VIDAL PERDOMO, J. *Derecho administrativo*, 9.ª ed., Bogotá, Temis, 1987.

OBRAS ESPECIALIZADAS

BADAOUI, S. *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, París, LGDJ, 1954.

BERÇAITS, M. A. *Teoría general de los contratos administrativos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980.

BETANCUR JARAMILLO, C. *Derecho procesal administrativo*, 4.ª ed. y 3.ª reimp., Medellín, Señal, 1996.

BETANCUR, J. *Nuevo estatuto general de la contratación administrativa*, Medellín, Diké, 1995.

BRÉCHON-MOULÈNES, CH. (dir.). *Droit des marchés publics*, París, Le Moniteur, 2000.

BRÉCHON-MOULÈNES, CH. (dir.). *Réglementation et pratique des marchés publics*, París, Dalloz, 1985.

Cámara de Comercio de Bogotá. *Laudos arbitrales*, 3 vols., Bogotá, Cámara de Comercio, 1996.

Cárdenas Uribe, J. C. *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Chapus, R. *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1957.

Chevallier, J. *L'Etat de droit*, París, Montchrestien, 1992.

Cohen-Tanugi, L. *Le droit sans l'Etat*, París, PUF, 1992.

Commissariat général du Plan. *La régulation des services publics*, París, Aska, 1995.

Croizier, M. *Etat modeste*, *Etat moderne*, París, Fayard, 1987.

Dávila Vinueza, L. G. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2003.

de Laubadère, A., P. Delvolvé y F. Moderne. *Traité des contrats administratifs*, 2 vols., LGDJ, 1983 y 1984.

Delmas, F. *Du pouvoir de l'administration de modifier les prévisions du marché de travail public et des obligations financières en résultant*, tesis, París, 1945.

Eckert, E. *Droit administratif et commercialité*, tesis, Estrasburgo, 1994.

Escobar Gil, R. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Temis, 1999.

Expósito Vélez, J. C. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Fortuna, A. *Le fait du prince*, tesis, París, 1924.

Gény, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, Libr. Marescq Aîné, 1899.

Ghestin, J. *Droit civil. La formation du contrat*, 3.ª ed., LGDJ, 1993.

Herrera Barbosa, B. *Contratos públicos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Himario, C. *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, Les éditions internationales, 1933.

Hinestrosa Rey, M. (dir). *Contratación estatal*, C.D. Rom, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

LAMARQUE, J. *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, LGDJ, 1960.

Lamy Droit public des affaires, ed. 2001, n.º 1764.

Lamy Droit public des affaires, Paris, Editions Lamy, 2004.

LÓPEZ BLANCO, H. F. (dir). *La jurisprudencia arbitral en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, t. II, 1996.

LE TOURNEAU, PH. y L. CADIET. *Droit de la responsabilité*, París, Dalloz, 1998.

LLORENS, F. *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, París, LGDJ, 1981.

MADIOT, Y. *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, París, LGDJ, 1971.

MALAURIE, PH. y L. AYNÈS. *Cours de droit civil*, t. IV, 5.ª ed., París, Cujas, 1995.

MALAURIE, PH. y L. AYNÈS. *Obligations*, 9.ª ed., Cujas,1998-1999.

MODERNE, F. *Les quasi-contrats administratifs*, París, Sirey, 1995.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 3.ª ed., Bogotá,Temis, 1987.

PALACIO HINCAPIE, J. A. *La contratación de las entidades estatales*, Medellín, Sánchez, 1997.

PONCE, C. *Le consensualisme dans les contrats administratifs*, tesis, Estrasburgo, 1956.

PÉQUIGNOT, G. *Théorie générale du contrat administratif*, París, Pédone, 1945.

PÉREZ VERA, J. *La pratique colombienne des contrats d'Etat*, tesis, París, 1992.

QUINTERO, A. y A. MUTIS, *Los contratos del estado*, Bogotá, Temis, 1995.

RANOUIL, V. *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, París, PUF, 1980.

RAYMUNDIE, O. *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, París, Le Moniteur, 1995.

RICHER, L. *Droit des contrats administratifs*, 2.ª ed., París, LGDJ, 1999.

ROUHETTE, M. *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, tesis, París, 1965.

SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. *La responsabilidad extracontractual de la administración*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

SANTOFIMIO G., J. O. *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

SAVATIER, R. *Du droit civil au droit public à travers les personnes*, *les biens et la responsabilité civile*, 2.ª ed., París, LGDJ, 1950.

TAMAYO JARAMILLO, J. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Bogotá, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKenzie), 2001.

TERRE, F.; PH. SIMLER y Y. LEQUETTE. *Droit civil*, *les obligations*, 6.ª ed., París, Dalloz, 1996.

ARTÍCULOS

ARBOLEDA PERDOMO, E. J. "La selección del contratista particular", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

ARIZA MORENO, W. "Las cláusulas exorbitantes del derecho común en la Ley 80 de 1993", en *La nueva contratación administrativa*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994.

ARIZA MORENO, W. "Aplicación y efectividad de las multas en la contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

ARMAND-PREVOST, M. y D. RICHARD. "Le contrat déstabilisé (De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)",en *JCP*, I. 2952, 1979.

ARNOULD, J. "Les contrats de concession, de privatisation et de services 'in house' au regard des règles communautaires", en *RFDA*, 2000.

AROCHA ALARCÓN, Y. y JORGE PINO RICCI. "El equilibrio económico y financiero del contrato", en *Régimen de contratación estatal*, JORGE PINO RICCI (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

BAZEX, M. "Le conseil de la concurrence et les marchés publics", en *AJDA*, 1994.

BENDECK OLIVELLA, J. "Los pilares findamentales de la contratación administrativa", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

BLAEVOET, CH. "La théorie de l'imprévision", en *AJ*, 1953.

Blaise, H. "Les conventions de travail", en *Le droit contemporain des contrats*, París, Económica, 1987.

Boucher, L. "Responsabilités et risques de l'entreprise délégataire", en *Revista Le Moniteur*, 16 de abril de 1993.

Bréchon-Moulènes, Ch. "Choix des procédures, choix dans les procédures", en *AJDA*, 1998.

Bréchon-Moulènes, Ch. "Synthèse Colloque sur les marchés publics", en *AJDA*, 1994.

Bueb, J. P. "La lutte contre la corruption dans les marchés publics", en *Revue du Marché unique européen*, 2-1995.

Caillosse, J. "Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration", en *Le droit contemporain des contrats*, París, Económica, 1987.

Cárdenas Mejía, J. P. "La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de contratación", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Cárdenas Mejía, J. P. "Régimen especial de ciertos contratos", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Cediel de Peña, M. "La selección objetiva del contratista", en *La nueva contratación administrativa*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994.

Chauvel, P. "Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques", en *Revista Droits*, 1990.

Chauvin, F. *Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration? Limites et paradoxes d'une évolution contrastée*, *Mélanges H. Blaise*, París, Económica.

Chemás Jaramillo, J. E. "Intereses moratorios y actualización monetaria", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino Ricci (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Chevallier, J. "La nouvelle réforme des télécommunications: ruptures et continuités", en *RFDA*, 1996.

Cock, V. "Modalidades especiales del contrato estatal", en *La nueva contratación administrativa*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994.

Dávila, A. "Proceso licitatorio y principios que lo rigen", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Dávila Vinueza, L. G. "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Debbasch, Ch. "Le droit administratif, droit dérogatoire du droit commun?", en *Melanges René Chapus*, París, Montchrestien, 1992.

Debène, M. y O. Raymundie. "Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?", en *AJDA*, 1996.

De Béchillon, D. y Ph. Terneyre. "Clauses exorbitantes et marchés publics (à propos des arrêts du t.C., 5 juillet 1999, Commune de Sauve c/ Sté Gestetner et UGAP c/ Sté SNC ACTIV CSA", en *CJEG*, 2000.

De Laubadère, A. "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", en *Mélanges Achille Mestre*, París, Sirey, 1956.

De Laubadère, A. "Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux disposition des contrats administratifs", en *RDP*, 1954.

De Soto, J. "Imprévision et économie dirigée", en *JCP*, n.º 1817, 1950.

Delcros, X. y J. M. Peyrical. "Le financement privé des équipements collectifs", en *AJDA*, 1994.

Delvolvé, P. "Vers l'unification du droit des 'marchés publics'", en *Mélanges Roland Drago*, París, Económica, 1996.

Delvolvé, P. "Les contradictions de la délégation de service public", en *AJDA*, 1996.

Drago, R. "Le contrat administratif aujourd'hui", en *Revista Droits,* 1990.

Dufau, J. "La nature juridique de la concession de service public", en *Mélanges René Chapus*, París, Montchrestien, 1992.

Du Marais, B. "Les délégations de service public au service du développement: expérience et approche de la Banque mondiale", en *Actes du Colloque sur la gestion déléguée du service public*, Suplemento a la *RFDA* n.º 3, París, Sirey, 1997.

Duguit, L. "Situation des particuliers à l'égard des services publics", en *RDP*, 1907.

Eisenmann, Ch. "Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle)", en *RDP*, 1952.

Fantôme E., E. "Les avenants", en *AJDA*, 1998.

Flogaïtis, S. "Contrat et acte administratif unilatéral", en *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996.

Ghestin, J. "La notion du contrat", en *Revista Droits*, 1990.

Ghestin, J. "Droit public-droit privé, Institutions publiques-Institutions privées. Le point de vue d'un privatiste", en *La pensée de Charles Eisenmann*, P. Amselek (dir.), París, Económica, 1995.

Ghestin, J. "Rapport de synthèse", en *Le rôle de la pratique dans la formation du droit (Travaux de l'association Henri Capitant)*, t. xxxiv, París, Económica, 1983.

Gonzáles López, E. "Modalidades de actuación del contratista particular frente a la administración pública según la Ley 80 de 1993", en *Régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Guibal, M. *Les marchés publics sont et doivent demeurer… des marchés publics*, Marchés publics, 1992.

Gounot, E. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, tesis, París, 1912.

Guerrero, M. "Compensaciones de la ruptura del equlibrio financiero del contrato", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Henao, J. C. y V. Newman. "Diálogos sobre la falla personal del servidor público en contratación estatal", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Henao, J. C. "La responsabilidad pecuniaria del servidor público en la Ley 80 de 1993", en *Régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Herrera, B. "Régimen de la exorbitancia", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Herrera, B. "Principios de la contratación estatal", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino Ricci (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Holguín Holguín, C. "El equilibrio contractual", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Ibañez Guzmán A. J. y G. Barbosa Castillo. "El sistema penal y la contratación estatal", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino Ricci (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Kelsen, F. "La théorie juridique de la convention", en *Arch. Philosophie du droit*, 1940.

L'Huillier, J. *Les contrats administratifs tiennent-il lieu de loi à l'administration?*, Rec. 1953.

Libert, X. "Les modifications du marché en cours d'exécution", en *AJDA*, 1994.

Limouzin-Lamothe, Ph. "Les avenants: observations complémentaires", en *AJDA*, 1998,

Manrique Nieto, C. E. "Fiducia, encargaos fiduciarios, titularización y algunos apuntes sobre contratación administrativa", en *La nueva contratación administrativa*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994.

Manrique Nieto, C. E. "La coexistencia de la fiducia pública y de la fiducia mercantil bajo el régimen de la Ley 80", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Mier Barros, P. "La contratación directa", en *Estudios de produndización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Moine, G. "Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux disposition des contrats administratifs", en *AJDA*, 1997.

Montes, S. "Principales contratos estatales", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Moreau, J. "Les 'matières contractuelles'", en *AJDA*, 1998.

Naranjo Flórez, C. E. "El nuevo régimen de contratación de la administración pública", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino Ricci (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Noriega, C. R. "El esquema de las concesiones viales, sus riesgos y posibilidades (la experiencia colombiana)", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Olivella, J. B. "Los pilares fundamentales de la contratación administrativa", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Oppetit, B. "La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence", en *Revue des sciences morales & politiques*, 1995.

Palacio, J. A. *La contratación de las entidades estatales*, Medellín, Sánchez, 1997.

Peña Castrillón, G. "Soluciones de controversias en la contratación estatal", en *La nueva contratación administrativa*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994.

Peyrical, J. M. "Marchés publics", en *Collectivités locales*, F. P. Bénoît (dir.), t. III, París, Dalloz, 1998.

Peyrical, J. M. *Les marchés négociés dans un carcan*, M. t. P. B., 4 de marzo de 1994.

Pino Ricci, J. "El régimen de la exorbitancia, las cláusulas obligatorias, multas y penal pecuniaria", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino Ricci (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Poughon, J. M. "Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat", en *Revista Droits*, 1990.

Priego, J. M. "De las garantías en los contratos estatales", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Quintero, A. "El régimen contractual en la ley de servicios públicos domiciliarios", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Rainaud, J. M. "Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?", en *RDP*, 1985.

Rapp, L. "Les marchés et les conventions complexes", en *AJDA*, 1996.

Rengifo García, E. "La fiducia y en especial sus aplicaciones en el sector público", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino Ricci (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Rivero, J. "Droit public et droit privé: Conquête, ou statu quo?", Chronique XVIII, París, Dalloz, 1949.

Riveros Serrato, H. y L. León Navas. "Perspectiva constitucional de la Ley 80 de 1993", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino Ricci (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Rodado Noriega, C. "El esquema de las concesiones viales, sus riesgos y posibilidades (la experiencia colombiana)", en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Rodríguez, G. H. "Principios de la contratación estatal", en *La nueva contratación administrativa*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1994.

Latorre, J. A. "Presentación del nuevo estatuto de la contratación administrativa", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1995.

Rodríguez Azuero, S. "La fiducia pública", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Sabogal, A. R. "Procesos de selección del contratista", en *Régimen de contratación estatal*, Jorge Pino (dir.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

Salah Zuleta, G. "Definición del régimen aplicable al contrato estatal", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Salon, G. "Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs", en *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991.

Sánchez Torres, C. A. "La responsabilidad contractual del servidor público", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Schmidt-Szalewki. "Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats", en *Mélanges*, André Colomer, Litec, 1993.

Sestier, J. F. "Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie du contrat", en *BJDCP*, 1999.

Subra de Bieusses, P. "Affermage des service publics locaux", en fascículo 765 de *Jurisclasseur. Collectivités territoriales*, 2, 1998.

Tallon, D. "L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif", en *Revista Droits*, 1990.

Tallon, D. "Vers un droit européen du contrat?", en *Mélanges André Colomer*, Litec, 1993.

Tardieu, J. P. "Les modes de régulation à l'étranger", en *AJDA*, 1996.

Terneyre, Ph. "Les montages contractuels complexes", en *AJDA*, 1990.

Terneyre, Ph. "L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs", en *AJDA*, 1996.

Terre, F. "Le contrat à la fin du xxe siècle", en *Revue des sciences morales & politiques*, 1995.

Terré-Tornacciari. "L'autonomie de la volonté", en *Revue des sciences morales & politiques*, 1995.

Torrente, C. "El registro de proponentes", en *La nueva contratación administrativa*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994.

Truchet, D. "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", en *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, París, Económica, 1987.

Valencia Arango, J. "Dirección del contrato y potestades excepcionales", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Vedel, G. "Remarques sur la notion de clause exorbitante", en *Mélanges Archille Mestre*, París, Sirey, 1956.

Vélez Escallón, L. F. "La terminación y liquidación en los contratos de las entidades etatales", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Venezia, C. "Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif", en *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979.

Venezia, C. "Puissance publique, puissance privée", en *Mélanges en hommage a Charles Eisenmann*.

Venezia, J. C. "Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun?", en *Mélanges Epaminondas P. Spiliopopoulos*, Ant. N. Sakkoulas, 1998.

Venezia, J. C. "Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration", en *La pensée de Charles Eisenmann*, P. Amselek (dir.), París, Económica, 1995.

Vidal Perdomo, J. "Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa", en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Rosaristas, 1994.

Waline, J. "Droit public-droit privé. Institutions publiques-Institutions privées. Le point de vue d'un publiciste", en *La pensée de Charles Eisenmann*, P. Amselek (dir), París, Economica, 1995.

Waline, J. *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, tesis, París, 1962.

Waline, M. "L'évolution récente des rapports de l'État avec ses co-contractants", en *RDP*, 1951.

Weber, Y. "La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs", en *Mélange en hommage à Roland Drago*, París, Económica, 1996.

Weil, P. "Le critère du contrat administratif en crise", en *Mélange Marcel Waline*, t. I, París, LGDJ, 1974.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en marzo de 2009

Se compuso en caracteres Ehrhardt de 12 puntos
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos
Bogotá, Colombia

Post Tenebras Spero Lucem