

JORGE DUSSÁN HITSCHERICH

ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL

COLECCIÓN ESTUDIOS DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

ELEMENTOS DEL
CONTRATO ESTATAL

JORGE DUSSÁN HITSCHERICH

ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA, 2005

Jorge Dussán Hitscherich

Elementos del contrato estatal – Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá
Jorge Tadeo Lozano, 2005.

236 págs. 17 x 24 cm

ISBN 958-9029-74-4

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO
Carrera 4 No. 22-61 – PBX: 242 7030 – www.utadeo.edu.co

RECTOR: JAIME PINZÓN LÓPEZ
DIRECTOR EDITORIAL: ALFONSO VELASCO ROJAS

ISBN 958-9029-74-4

© Jorge Dussán Hitscherich
© FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

DISEÑO DE CARÁTULA:	FELIPE DUQUE RUEDA
DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:	PATRICIA CARO MARTÍNEZ (SERVIGRAPHIC LTDA.)
CORRECCIÓN DE ESTILO:	MARÍA DEL PILAR OSORIO
REVISIÓN FINAL:	LUCELI CASTILLO QUINTERO
IMPRESIÓN:	SERVIGRAPHIC LTDA.

PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL DE ESTA OBRA
POR CUALQUIER MEDIO SIN AUTORIZACIÓN DEL EDITOR

IMPRESO EN COLOMBIA
PRINTED IN COLOMBIA

Contenido

PRÓLOGO	9
---------	---

CAPÍTULO I EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A. Teorías negativas sobre el contrato administrativo	21
B. Teorías positivas sobre el contrato administrativo	24
1. Criterio subjetivo	24
2. Criterio de la jurisdicción del contrato	26
3. Criterio formal	27
4. Criterio de la clasificación legal	28
5. Criterio de la voluntad de las partes	28
6. Criterio de las cláusulas exorbitantes	29
7. Criterio del servicio público	29
C. Los contratos administrativos y de Derecho privado de la Administración	32
D. El concepto de contrato estatal en la Ley 80 de 1993	36
E. Contratos especiales	40
F. Las licencias	54

CAPÍTULO II EL ESTATUTO CONTRACTUAL

A. Criterios de aplicación	65
1. Criterio orgánico	65
2. Criterio subjetivo	70
3. Criterio material	72
4. Excepciones	74

B. Fuentes de interpretación del contrato estatal	75
1. Las normas imperativas o de Derecho público	76
2. La doctrina constitucional	76
3. Los principios constitucionales de la función administrativa	79
4. El Derecho privado	79

CAPÍTULO III PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

A. Principios generales del Derecho	84
B. Principios constitucionales de la función administrativa	88
C. Principios particulares del estatuto de contratación	92
1. El principio de economía	92
2. El principio de transparencia	93
3. El principio de responsabilidad	98
4. Otros principios del estatuto de contratación	100
a. La reciprocidad	100
b. La preferencia de las ofertas nacionales	101

CAPÍTULO IV ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL

A. Elementos para la existencia	107
1. El consentimiento	108
2. El objeto	110
3. La forma solemne	112
B. Elementos para la validez	115
1. La causa	117
a. La causa real	118
b. La causa ilícita	120
2. El objeto lícito	123
a. Los contratos adicionales	128
b. El fraccionamiento del contrato	130

3. La capacidad legal	131
a. Competencia	131
b. La capacidad máxima y la capacidad residual de contratación	136
c. Las personas extranjeras	138
d. Los consorcios y las uniones temporales	138
e. Las sociedades con objeto específico y las promesas de sociedad	142
f. Inhabilidades e incompatibilidades	144
4. El consentimiento exento de vicios	147
a. El error	148
b. La fuerza	150
c. El dolo	151
5. Ausencia de lesión enorme	152
a. Lesión enorme en la compraventa y en la permuta de bienes inmuebles	154
b. Lesión enorme en los intereses	154
c. Lesión enorme en la cláusula penal	155
d. Lesión enorme en otro tipo de obligaciones	155
6. La plenitud de las formalidades	155
a. La oferta y la policitud	159
b. La licitación pública	163
c. El pliego de condiciones	168

CAPÍTULO V LOS PODERES EXORBITANTES

A. Régimen general de aplicación	179
B. Regímenes especiales	180
1. Empresas Industriales y Comerciales del Estado	181
2. Empresas de Servicios Públicos	182
C. Clases	187
1. La interpretación unilateral	188
2. La modificación unilateral	189
3. La terminación unilateral	191
4. La caducidad	193
5. La reversión	194
6. La liquidación unilateral	196

CAPÍTULO VI
CLÁUSULAS CON RÉGIMEN ESPECIAL

A. Las multas	199
B. Los intereses	200
1. Intereses corrientes	200
2. Intereses de mora	201
3. Anatocismo	204
C. El pacto arbitral	205
D. Las garantías	215

CAPÍTULO VII
EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

A. El AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades)	225
B. La teoría de la imprevisión	226
C. El Hecho del Príncipe	227
D. La renuncia del contratista	228
 BIBLIOGRAFÍA	 231

Prólogo

A partir de la Constitución Política de 1991, se han dado varios cambios en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de establecer las bases necesarias para la modernización del Estado colombiano, siguiendo en buena parte las tendencias actuales de globalización de los mercados y de democratización de los sistemas políticos. En este sentido, se han expedido importantes leyes que afectan directa y profundamente nuestra economía, como las reformas al régimen laboral y al sistema nacional de seguridad social y salud, que resultaban recesivos en términos de generación de empleo y riqueza.

También se han reformado los regímenes tributario, financiero y cambiario, procurando reactivar la industria nacional y hacerla más competitiva en el escenario mundial, aumentar los niveles de ahorro, atraer la inversión extranjera y estimular el comercio internacional, como bases de la llamada “apertura económica”, que se enmarca dentro de los acuerdos globales y regionales suscritos por el país, como el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos de cooperación y liberalización de los mercados celebrados con otros países del hemisferio.

En otros frentes, se han tomado medidas para modernizar el Estado y racionalizar el gasto, reorientando su papel, de manera que solamente actúe en aquellos casos en que el sector privado esté ausente y el interés general lo requiera, buscando mejorar la infraestructura nacional con la participación de los particulares, quienes han asumido la explotación de bienes y servicios, tradicionalmente estatales, como la administración de los puertos marítimos y de las carreteras.

En desarrollo de lo anterior se trasladaron grandes responsabilidades a las regiones, especialmente en materia de educación y salud, se han reestructurado gran número de entidades e, incluso, se han liquidado por ineficientes o porque su actividad puede ser desarrollada por particulares, en mejores condiciones y con menores costos para el Estado.

Igualmente, la propia Constitución de 1991 modificó el régimen de los denominados servicios públicos domiciliarios (acueducto y saneamiento básico, energía, gas y telefonía), acabando con un esquema de más de cincuenta años de monopolio estatal, con bajos niveles de cubrimiento y de calidad, por un modelo más eficiente, organizado bajo el principio de la libertad de empresa, con la finalidad de dar mayor atención a las necesidades básicas de la población.

Se expidieron normas para fortalecer la democracia y la participación ciudadana que buscan involucrar más al ciudadano en el ejercicio del poder público y en el control del mismo. Se ha buscado la modernización de la administración de justicia y desarrollado figuras como la acción de tutela, las acciones populares y la acción de cumplimiento para proteger los derechos de los ciudadanos. Al tiempo, se han dictado normas para combatir la corrupción y la ineficiencia administrativa, como el estatuto anticorrupción, el Código Disciplinario Único, el nuevo Código Penal, la Ley 87 de 1993, que organiza el sistema de control interno, el estatuto antitrámites, entre otros.

Precisamente, una de estas reformas es el actual estatuto de contratación estatal, el cual se expidió ante la necesidad de adaptar la legislación a los cambios que se hicieron en la Constitución Política de 1991, como la modificación del sistema de control fiscal, que pasó de ser previo a posterior y selectivo, la consagración del régimen de responsabilidad personal del funcionario y la formulación del principio de delegación de funciones.

Además, era imperativo crear un nuevo marco legal que estableciera mayores responsabilidades para los representantes de los intereses públicos y detuviera la proliferación de prácticas corruptas, agilizará los procedimientos de contratación vigentes para ese momento, que no respondían a las necesidades que en materia de infraestructura e inversión el país requería y unificara las reglas en esta materia, ya que existía una multiplicidad de estatutos especiales que desorientaban la gestión pública y generaban incertidumbre para los particulares que participaban o invertían en los proyectos estatales¹.

¹ Se afirma en la exposición de motivos del proyecto presentado por el Gobierno Nacional y que se convertiría en la Ley 80 de 1993, lo siguiente: "Aunque sería injusto atribuir tantos males a la legislación vigente e iluso creer que las leyes por sí solas puedan lograr el bienestar y los cambios de conducta que requiere la

Por otra parte, ante la crisis de la noción de servicio público y la reformulación del papel del Estado en algunas actividades económicas, ha tomado impulso la consagración de principios legislativos que pretenden identificar la forma de gestión del sector público con la del sector privado, para romper la cultura burocrática acostumbrada a la ineficiencia y a los trámites inútiles y cambiarla por una gestión orientada a obtener resultados, que pueda evaluarse técnicamente para detectar las fallas o los costos innecesarios que se causan, corregirlos o prevenirlos, para poder exigir responsabilidades individuales a quienes administran los recursos públicos.

Se piensa que en la formación del contrato estatal, la cantidad de formalidades que lo rodean antes de dar seguridad al Estado sobre la transparencia de las acciones de sus funcionarios, termina siendo un laberinto de normas que permiten evadir los controles establecidos y estimulan la corrupción, por lo que en la medida que la actividad administrativa se asimile a la de un particular que puede evitar estas formalidades, las conductas de quienes tienen la responsabilidad de dirigir una entidad se podrán revisar más fácilmente.

Grave e ingenua opinión, como advierte ARIÑO ORTIZ² en varios escritos, de quien se recoge la idea de revisar cuidadosamente los efectos que estas teorías pueden traer para el Estado, pues, como afirma el tratadista español, el Derecho administrativo es un conjunto de garantías de los ciudadanos frente a quienes detentan el poder y disponen de los recursos públicos, como son la estricta sujeción de los funcionarios públicos a la ley, la protección de los bienes de uso público, el respeto

sociedad, nos encontramos ante unas realidades que imponen la modificación de esa legislación.

La primera, que no debe encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes; la segunda, que no pueden prolongarse la vida de unos requisitos y unas exigencias que tan solo aumentan los costos de los servicios estatales, como las autorizaciones, revisiones, etc.; la tercera, que es necesario dar una mayor autonomía al administrador para que logre cumplir con los derechos del administrado contratista retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias; y la cuarta, que es indispensable hacer de la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata como del contratista”.

² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, pp. 35 a 86.

de los derechos fundamentales como el debido proceso, la publicidad de sus actos y la consecuente obligación de suministrar a quien lo requiera, copia de todos los documentos que reposen en una entidad, o la existencia de precisas formas legales que establecen controles sobre la expedición de los actos o la ejecución de gastos, por lo que la huida al Derecho privado no ha resuelto ninguno de los problemas que pretendía, siendo mayor el despilfarro de los ingentes recursos estatales en aquellos casos en que se han levantado los controles previstos en las normas administrativas, de manera que se debería trabajar en mejorar los sistemas de control de los entes públicos, procurando hacerlos más técnicos.

Por lo anterior, el objetivo de esta obra es el conocimiento de la figura del contrato administrativo antes que del estatuto contractual, sin perjuicio de explicar la normatividad vigente y la jurisprudencia que se ha proferido de acuerdo con el desarrollo de los temas. Para el efecto, se ha seguido la metodología utilizada en las obras sobre *Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos*, evitando la asociación que comúnmente se hace del contrato administrativo con los actos de gestión, enfoque que en alguna medida ha desdibujado los elementos fundamentales del contrato como acuerdo de voluntades, teniendo en cuenta que el estudio de las instituciones del Derecho administrativo y en este caso del contrato estatal, conlleva un reto mayor, en la medida que debe buscarse la adaptación de una figura concebida hace un siglo para resolver los dilemas que surgían en un Estado liberal de la acción de la Administración Pública, que asumía la prestación de los servicios públicos, para volver a un Estado que quiere reducir su papel en este campo y en el que el agente privado sustituye con pleno derecho y de manera total al Estado providente, produciendo muchos cambios sobre estas actividades que antaño eran responsabilidad del sector público pero que ahora son atendidas por grandes empresarios.

Por otra parte, reconoce este trabajo la necesidad de estructurar la teoría del contrato administrativo desde la noción de servicio público. Por fuera de las interminables discusiones que se han dado durante más de un siglo sobre este concepto, iniciadas con la tesis del profesor DUGUIT, quien considera al Estado como una organización dedicada a la prestación de servicios públicos y siguen con la llamada "crisis del

servicio público”, la cual reconoce la imposibilidad de lograr una clasificación que, bajo un solo criterio, comprendiera todas las posibles situaciones en las actividades de la Administración, ante la realidad de que todo podía ser un servicio público, sujeto a la discreción de los juicios políticos, frutos de las circunstancias particulares de un país en algún momento dado, hasta llegar a la actual corriente liberal que propugna por un Estado de reducido tamaño con la consecuente privatización de grandes áreas de servicios, tradicionalmente ofrecidos por empresas oficiales, superando el paradigma de los monopolios naturales, en el fondo, se encuentra la justificación de la intervención del Estado en la economía, si es necesario mediante la producción de los bienes y servicios que la sociedad requiere pero, por encima de esto, garantizando la satisfacción de un interés general que puede manifestarse de muchas maneras, no sólo por la demanda en el mercado, sino, en general, por la estabilidad del orden público³.

³ El concepto de servicio público es, en últimas, el compromiso de los gobernantes de cumplir con la obligación de satisfacer las necesidades de sus conciudadanos, es decir, la forma como se realiza la misión del Estado de alcanzar el bienestar general. Necesidades que en nuestro medio están principalmente asociadas con el subdesarrollo y se concretan en forma de pobreza, violencia, necesidades básicas insatisfechas, baja escolaridad, poca asistencia social, entre otras. Se trata de un concepto que está explícitamente contenido en nuestra Constitución Política, por lo que pretender ignorarlo o superarlo con un esquema de organización administrativa que no podemos sostener, es querer cambiar nuestra particular forma de organización política y económica con un simple discurso. Sin embargo, esta posición no puede entenderse como un desconocimiento de las nuevas teorías de administración pública e intervención estatal.

Capítulo I

El contrato administrativo

- A. Teorías negativas sobre el contrato administrativo**
- B. Teorías positivas sobre el contrato administrativo**
 - 1. Criterio subjetivo
 - 2. Criterio de la jurisdicción del contrato
 - 3. Criterio formal
 - 4. Criterio de la clasificación legal
 - 5. Criterio de la voluntad de las partes
 - 6. Criterio de las cláusulas exorbitantes
 - 7. Criterio del servicio público
- C. Los contratos administrativos y de Derecho privado de la Administración**
- D. El concepto de contrato estatal en la Ley 80 de 1993**
- E. Contratos especiales**
- F. Las licencias**

CAPÍTULO I EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La teoría de la separación de poderes de MONTESQUIEU, sintetizada por los revolucionarios franceses en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, bajo la fórmula universal según la cual: *“Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene constitución”*, tuvo una discutida interpretación en la Asamblea Constituyente francesa, que dio nacimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, al considerarse que los conflictos que se podían presentar por las actuaciones de la Administración debían ser conocidos y resueltos por ésta, para que las decisiones del ejecutivo no quedaran subordinadas a la revisión de los jueces y así garantizar la independencia de la rama administrativa¹.

La posición dogmática solucionaba un problema político, que se originaba en la desconfianza que el ejecutivo y el legislativo tenían hacia los miembros de la rama judicial por considerarlos contrarios a la causa revolucionaria, pues fueron los parlamentos, quienes ejercían la jurisdicción en nombre del rey, los que impidieron las reformas administrativas de Luis XV, en contra del interés nacional, lo cual aumentó el inconformismo que habría de llevar a la Revolución de 1789².

¹ “Bástenos, pues, recordar ahora, que al tomar esta determinación, acogiendo la propuesta del diputado Pezons, la asamblea constituyente hizo una falsa aplicación del principio enunciado por Montesquieu, pretendiendo estructurar un Estado constituido por órganos absolutamente independientes y desvinculados entre sí, al mismo tiempo que especializados, también en forma absoluta, en el ejercicio de funciones materialmente distintas”. BOSCH, Jorge Tristán. *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Ed. Zavalia, p. 39.

² Según VEDEL: “La resistencia de los Parlamentos se ejercía contra el poder legislativo del rey gracias a la formalidad de la homologación. La homologación de las ordenanzas y de los edictos reales no era más que la transcripción de dichos actos en los registros de cada Parlamento y, en su época, en un tiempo en que no existía un Diario Oficial, no representaba otra cosa que un modo de publicación de las leyes nuevas. Los Parlamentos se arrogaron el derecho de dirigir ‘advertencias’ al rey y de rehusar la homologación de la ordenanza cuando ésta no les complacía. Esta resistencia podía, por supuesto, ser anulada por el rey mediante

Esta interpretación se desarrolló claramente en la Ley 16-24 de agosto de 1790, cuyo artículo 13 dispuso: “Las funciones judiciales son distintas y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, bajo pena de abuso de funciones, obstaculizar en modo alguno la actividad de los cuerpos administrativos, ni convocar ante sí a los administradores por causa de sus funciones” y, posteriormente, fue reiterada en el decreto 16 fructidor del año III³.

En un comienzo, el Consejo de Estado francés asumió las funciones del anterior Consejo del Rey, como órgano consultivo encargado de redactar los proyectos de decretos pero, posteriormente, sus opiniones se extendieron a los conflictos que los particulares presentaban ante el jefe de gobierno y los ministros, de manera que aún cuando no juzgaba, sus pronunciamientos servían de base a las decisiones de la administración, hasta que con la caída del Segundo Imperio, se resolvió concentrar el poder de decisión en este órgano, que por lo tanto adquirió funciones jurisdiccionales⁴.

Fue a partir de ese momento que comenzó a configurarse el Derecho administrativo como una disciplina jurídica especial, en particular, como fruto de las decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado⁵ y fue el mismo sentimiento de desconfianza hacia los jueces ordinarios, el que llevó a que los conflictos que surgían de algunos contratos considerados esenciales para la existencia y organización del Estado, como los contratos de suministro al ejército, de venta de bienes nacionales y de concesión de obras, aún cuando no tuvieran ninguna diferencia en cuanto a su formación, contenido, ley aplicable y efectos, también quedarán bajo la jurisdicción de los tribunales administrativos, invocándose para ello consideraciones de soberanía e interés general que posteriormente sirvieron también como criterio de interpretación y, por lo tanto, de diferenciación entre unos contratos y otros⁶.

un lit de justice, pues en el momento en que tomaba asiento en el Parlamento, se desvanecían los poderes que éste ejercía únicamente en nombre del monarca y se llevaba a cabo la homologación”. VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*, Ed. Aguilar, p. 57.

³ *Ibid.*, pp. 58 y 59.

⁴ MODERNE, Franck. “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia”, *Historia y perspectivas de la jurisdicción contencioso administrativa en Francia y en América latina*, Ed. Temis, p. 29 y ss.

En efecto, según ARIÑO ORTIZ, el reconocimiento de un interés superior en la realización de algunos contratos por el Estado, que en apariencia podían tener el cascarón de un contrato común, se produjo hacia la mitad del siglo XIX, incluso a nivel legislativo, en especial, para regular la celebración de algunos actos relativos a los bienes públicos por efectos de las guerras o el suministro de bienes al ejército⁷. Fueron estas circunstancias, así como las relacionadas con la administración de ciertas obras públicas que tuvieron que ser asumidas por el Estado para su construcción, como los servicios públicos y los ferrocarriles, pero cuya gestión se entregó mediante la figura de la concesión a los particulares, las que permitieron diferenciar entre los actos de autoridad de los actos de gestión, según la Administración hiciera uso de la potestad pública, o simplemente, actuara en las mismas condiciones que los particulares, sometiendo los actos de la primera clase, a la jurisdicción contencioso administrativa y, los de la segunda, a la jurisdicción ordinaria⁸.

⁵ Como señala BREWER-CARIAS, “la repartición de competencias jurisdiccionales, en Francia, ha sido factor clave en el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo y en la concepción misma del contrato administrativo; en últimas, ha sido la justificación del propio derecho administrativo. BREWER-CARIAS, Allan-R. “La evolución del contrato administrativo”, *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Ed. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 145.

⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Ed. Legis, p. 37.

⁷ Eleuterio DELGADO, jurista español del siglo XIX, citado por ARIÑO ORTIZ, afirmaba: “(...) yerran los que estiman que ‘únicamente por una excepción de los rectos principios, puede pertenecer al orden administrativo la venta y administración de bienes desamortizados de propiedad del Estado’, pues la competencia de la Administración se funda, no solamente en la conveniencia de facilitar la enajenación de los bienes desamortizados, sino también en que este acto constituye un servicio público que hace aparecer a la Administración como poder; asimismo descansa en la especialidad de la legislación desamortizada y en que la Administración es la que únicamente puede conocer las condiciones, límite y extensión del contrato que preparó y llevó a cabo”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Contrato y poder público”, *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Ed. Abeledo-Perrot, p. 886.

⁸ “ACTOS DE AUTORIDAD Y DE GESTIÓN. ACTOS DE GESTIÓN PÚBLICA. – JÈZE enseña que a fines del siglo XIX tres ideas fundamentales dominaban el derecho administrativo francés y era LAFERRIÈRE quien las había concretado. Esas ideas eran las siguientes: 1) La distinción de los actos administrativos en actos de autoridad o de potencia pública y actos de gestión; 2) El principio de la irresponsabilidad del Estado como soberano, realizando actos de potencia pública; 3) El principio de la independencia de la administración activa respecto de los tribunales, no sólo los judiciales sino también los administrativos.

Estas diferencias fueron reconocidas con claridad a partir del fallo Blanco del Tribunal de Conflictos francés, en el que se admitió que el Estado no podía estar sometido a las mismas reglas establecidas en el Derecho común, cuando su actividad estaba relacionada con la gestión de un servicio público. Concepto que aplicado a la actividad contractual del Estado cobró mayor fuerza e identidad, en atención a que se reconoció que, en algunos casos, la Administración podía imponer unas condiciones especiales a su favor para garantizar la continuidad de los servicios públicos a su cargo, lo que llevó a concluir que principios fundamentales como el de la inmutabilidad del contrato, consagrado en el Código de Napoleón (*Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*)⁹, tuviera excepciones cuando una de las partes era el Estado y razones de interés general lo obligaban a imponer unilateralmente su voluntad para garantizar la obtención de sus fines¹⁰, mientras que en otras ocasiones resultaba más conveniente que el Estado se despojara de su majestad para suscribir contratos que no tenían diferencia alguna con los que celebraban entre sí los particulares, sometidos en su totalidad a las reglas del Derecho privado.

Con la evolución de los cometidos estatales hacia el intervencionismo económico, se replanteó la actividad pública a otras tareas que hasta ese momento eran propias del sector privado, pero que por diversas razones se consideraron estratégicas para el Estado, el cual se dedicó como un particular más a la producción y comercialización de bienes y servicios, hasta que con el tiempo todo comenzó a considerarse un servicio público.

Esta extensión de la administración pública a casi cualquier actividad económica, desdibujó el servicio público al perder el carácter de actividad esencial para el cumplimiento de los fines estatales, llevándolo

En los actos de imperio, el Estado procede autoritativamente, *jure imperii*, produciéndose el efecto querido por su propio impulso, por decisión de su voluntad. En los actos de gestión, el Estado discute con los particulares en el mismo plano y su voluntad sólo surte efecto con el concurso de voluntad contraria. Por ello se suele llamar a los actos de imperio, actos unilaterales y a los de gestión, contractuales". DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*, Tipografía Editora Argentina, pp. 83 y 84.

⁹ Código Civil, artículo 1602: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

¹⁰ *El derecho administrativo en Latinoamérica*, cit., p. 155; VEDEL, Georges. cit., pp. 40 y 41.

a su crisis. Así, inicialmente el Estado se reservó para su explotación, por motivos de seguridad nacional y posteriormente como arbitrios rentísticos, ciertas actividades, como la producción de armas o licores. Después asumió la prestación de algunos servicios públicos considerados esenciales como las comunicaciones o la energía y, en ocasiones, algunos medios de transporte como el ferrocarril. Posteriormente, extendió su influencia a otras actividades industriales o comerciales que se consideraban esenciales por su importancia para la economía nacional, aunque también podían ser desarrolladas por particulares e, incluso, llegó a asumir el control de algunas empresas cuyo objeto no correspondía a la noción de servicio público, pero que, por su tamaño, la presión de las organizaciones de trabajadores o los problemas sociales que podía causar su liquidación, motivaron al Estado para que asumiera su dirección y control, a pesar de los efectos que estas decisiones podían tener dentro de mercados naturalmente competitivos, como fue el caso de algunas empresas de los sectores agroindustrial, hotelero y metalúrgico.

Sin embargo, como señala BREWER-CARIAS, el contrato administrativo había adquirido para ese momento una justificación propia que, a pesar del derrumbamiento de la noción de servicio público, no lo afectó de manera alguna, principalmente por la “*idea clave de las cláusulas exorbitantes del Derecho común*”¹¹, aún cuando la fluctuante materia sobre la que se pretendía su aplicación impidió concretar un concepto claro del mismo que permitiera unificar su tratamiento y desarrollar una teoría de interpretación con claridad.

A. TEORÍAS NEGATIVAS SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Muchos autores han negado la existencia del contrato administrativo como una entidad jurídica propia. Para la escuela alemana representada principalmente por MAYER¹², la Administración siempre se ex-

¹¹ *El derecho administrativo en Latinoamérica*, cit., pp. 155 y 156.

¹² Según Otto MAYER: “(...) los que así se denominan no son más que actos unilaterales que pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento de los interesados. El Estado solo puede actuar unilateralmente, por medio de actos administrativos; y los actos de sumisión de los particulares, con su consentimiento, si bien se denominan contratos, por su estructura jurídica no son tales, usándose la designación de contratos de Derecho Público solo para distinguirlos de los con-

presa a través de actos unilaterales cuya legalidad y eficacia descansa en la condición de que el particular a quien se dirigen se adhiera a ellos¹³. Por lo tanto, dichos actos no son contratos en la medida en que la Administración no tiene intención de negociar sino que formula unilateralmente unas condiciones que no son discutibles para la otra parte, por lo que el supuesto acuerdo de voluntades se limita a la aceptación de las condiciones unilateralmente establecidas y, cuando mucho, la aceptación del particular es simplemente una condición para la ejecución del acto administrativo formado de antemano. Discusión que, vista desde la Teoría Constitucional, se torna más compleja pues tampoco se admite que el Estado, quien detenta el “imperium” y ejerce el poder soberano de dominación sobre sus asociados, pueda rebajarse a negociar con sus súbditos el contenido de sus actos, más cuando los mismos procuran el bienestar general y protegen el interés público.

En otro sentido, autores como DUGUIT aceptan que la Administración puede celebrar contratos pero consideran que no existe una diferencia real entre los contratos privados y los contratos administrativos. Según el tratadista francés, “(...) si hay contratos que dan lugar a la competencia de los tribunales administrativos, eso no puede ser más que en razón del fin en vista del cual ellos son hechos. Hay algo análogo a lo que pasa con los contratos comerciales. En cuanto al fondo, no hay diferencia entre un contrato civil y un contrato comercial. Lo que hace comercial el contrato y funda la competencia de los tribunales de comercio, es el fin comercial en vista del cual es hecho. No hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y un contrato administrativo. Lo que da a un contrato carácter administrativo y funda la competencia de los tribunales administrativos, es el fin del servicio público en vista del cual es hecho”¹⁴.

Pero es precisamente este fin el que ha exigido una regulación especial del contrato administrativo, al punto que existen profundas

tratos civiles con los cuales guardan cierta similitud aparente”. Citado por: RAMÍREZ G., Juan Carlos. *El contrato administrativo*, Monografías Jurídicas, No. 71, Ed. Temis, p. 25.

¹³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*, Parte General, Ed. Depalma, p. 32. ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 30 a 33.

¹⁴ Citado en: BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*, Ed. Depalma, p. 197.

diferencias entre una y otra figura, no derivadas de su carácter consensual que evidentemente es el punto común, sino de su régimen jurídico. En tal sentido, la posición de DUGUIT tiende a confundirse con las teorías que reconocen la existencia del contrato administrativo por la finalidad a la que sirve, es decir, al servicio público y aún cuando la figura jurídica del contrato tiene una génesis común, también existen reglas particulares que atienden aspectos que la ley considera que requieren un tratamiento especial por su trascendencia en la esfera social y reglas de interpretación distintas, que permiten diferenciar los contratos privados de los contratos celebrados por el Estado para alcanzar sus fines, así como se distinguen los celebrados por cualquier persona de aquellos realizados por quienes se dedican profesionalmente al ejercicio del comercio, al punto que muchos de éstos no se habrían desarrollado en la vida mercantil, como es el caso de los contratos de intermediación.

También el sistema jurídico anglosajón rechaza la existencia de una categoría especial de contratos. Sin embargo, existen algunas “prerrogativas reales” de las cuales el Estado puede hacer uso, justificadas en políticas públicas, admitiendo en oportunidades la aplicación de reglas excepcionales al dirimir conflictos con los particulares en razón del interés general o de las *utilities publics*, aunque esa imprecisión es considerada por muchos autores una práctica que genera inseguridad a la parte más débil del contrato¹⁵.

¹⁵ ARIÑO ORTIZ explica lo siguiente: “Frente a la instintiva repulsión del jurista anglosajón hacia la construcción de un ‘contrato administrativo’ y los peligros que, sin duda, ello puede llevar consigo, Frenzen afirmará que ‘más grandes peligros se encierran en el sistema actual de simple aplicación de los principios de derecho privado (con excepciones ad hoc) a relaciones que son públicas por naturaleza’. Y los peligros radican en que no obstante la pretendida aplicación de los principios del contrato privado, la realidad de las cosas es muy diferente, y el poder de la Administración se manifiesta por la vía de hecho, cuando ello es necesario y –lo que es peor– ‘de una manera inconsistente’, sin precisos límites y sin mecanismos compensadores (...) La falta de una adecuada tipificación del contrato público y la inexistencia de adecuada regulación de los poderes extraordinarios de la Administración hace así más arbitraria la situación”. *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, cit., pp. 880 y 881.

B. TEORÍAS POSITIVAS SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

De manera inobjetable, la práctica ha demostrado la realidad del contrato administrativo, lo que ha llevado a su consagración legal en todos los ordenamientos de estirpe francesa. Sin embargo, no existe unanimidad sobre el criterio fundamental que constituye al contrato administrativo en una entidad jurídica propia, diferente del contrato de Derecho privado. Es así como, en nuestro país, tanto el legislador, como el juez administrativo, han acudido a distintos criterios para identificar el carácter administrativo de un contrato celebrado por un ente público¹⁶. A continuación, se revisará el desarrollo de la noción de contrato administrativo a la luz de las distintas teorías¹⁷.

1. Criterio subjetivo

Se considera que un contrato es administrativo cuando una de las partes es la Administración, entendida en su sentido más amplio, es decir, representada por cualquiera de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo o judicial), en ejercicio de funciones administrativas¹⁸.

¹⁶ Siguiendo en su interpretación el confuso camino de nuestro legislador, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente: "(...) Pero la conformación de un contrato de la administración no puede radicar en un criterio exclusivo, único. Tal naturaleza se debe derivar de la concurrencia de una variedad de factores, cuyo conjunto, así no estén presentes todos, lo tipifiquen en forma nítida frente a los de derecho privado. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de abril de 1974. Rad. No. 867. En el mismo sentido, en otra providencia el Consejo de Estado define el contrato administrativo por la suma de varios criterios, así: "convenio celebrado por la Administración (criterio subjetivo) en el cual, por mandato legal (criterio legal) o por voluntad administrativa (criterio de la voluntad de las partes) los entes públicos deben utilizar prerrogativas de derecho público (criterio del servicio público), indicadas o señaladas por la inserción de las denominadas cláusulas exorbitantes (criterio de las cláusulas exorbitantes) y conoce de las controversias surgidas de la jurisdicción contencioso administrativa (criterio de la jurisdicción del contrato)". Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 17 de octubre de 1974. Salvamento de voto del Consejero Ponente Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Citado por ARCINIEGAS. *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, cit., p. 163.

¹⁷ Sobre las diversas teorías relacionadas con la diferenciación entre contratos administrativos o contratos de derecho público de la Administración y contratos de derecho privado de la Administración, ver: BERÇAITZ, Miguel A. *Teoría general de los contratos administrativos*, Ed. Depalma. También puede consultarse sobre la evolución jurisprudencial del contrato administrativo en Francia: ESCOLA, Hector J. *Tratado integral de los contratos administrativos*, Vol. I. Parte General. Ed. Depalma.

¹⁸ Es indudable que cualquiera de los órganos del poder público cumple funciones administrativas en algunos casos, tales como el nombramiento de sus funciona-

Bajo este criterio se afirma que *“un contrato entre particulares nunca puede ser administrativo”*, es decir, que para que un contrato sea administrativo, por lo menos una de las partes debe ser la Administración. Este principio que parece obvio, al punto que algunos no lo consideran como un simple criterio para definir la condición de contrato administrativo sino como un requisito para su propia existencia¹⁹, ha sido cuestionado por VEDEL, quien se pregunta si es necesario que la Administración sea parte en el contrato para que éste tenga carácter administrativo, refiriéndose al caso en que una sociedad de economía mixta celebra un contrato de obra pública “por cuenta” del Estado y señalando cómo el Tribunal de Conflictos ha *“considerado absurdo que los litigios relativos a la ejecución de las obras de carreteras por los empresarios se encuentren repartidos entre el juez administrativo y el judicial, según que el propietario de la obra fuese el propio Estado o bien una sociedad estatal o de economía mixta”*²⁰.

En nuestra país el asunto genera mayor inquietud, por cuanto se admite la existencia de contratos celebrados entre particulares que pueden contener cláusulas exorbitantes cuando tienen por objeto la prestación de un servicio público, los cuales se someten a la jurisdicción contencioso administrativa. Así lo prevé el inciso 2, del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos, que dispone: *“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, 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 en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”*²¹. De lo anterior se deriva un interrogante sobre si estos contratos pueden ser considerados también como contratos estatales al permitirse el ejercicio de poderes exorbitantes

rios o la celebración de los contratos que generalmente se requieren para su funcionamiento.

¹⁹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III-A. Ed. Abeledo-Perrot. 3a. ed., p. 46.

²⁰ VEDEL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 194 a 196.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1394.

exclusivos del Estado a los particulares. Así mismo, bajo la tesis de la administración delegada o por colaboración para el cumplimiento de los fines del Estado, sería posible que los particulares celebren contratos en nombre del Estado, actuando por delegación de funciones y administrando recursos públicos. Sin embargo, es discutible que pueda afirmarse en ese caso que el contrato es celebrado por el particular pues éste actúa como un simple agente, de manera que los efectos del contrato radican realmente en la Administración.

2. Criterio de la jurisdicción del contrato

Según este criterio un contrato es administrativo cuando debe ser juzgado por los jueces administrativos y es privado cuando los conflictos son resueltos por la jurisdicción ordinaria, lo cual ha sido cuestionado porque más que una diferencia entre el contrato administrativo y el de Derecho privado de la Administración, es propiamente una consecuencia de su clasificación.

Sin embargo, este criterio no tiene aplicación en Colombia porque, como ya se mencionó, la Ley 80 de 1993 unificó la jurisdicción competente del contrato, lo cual evidencia que es un concepto artificial que puede ser variado por el legislador a su albedrío. No hay que olvidar, como lo señala VEDEL, que ni siquiera la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa tiene una justificación ontológica, pues, *“ni la Historia ni el Derecho comparado confirman que el principio de la separación de las autoridades administrativas y judiciales esté ligado al principio constitucional de la separación de poderes. En Francia, los regímenes constitucionales de confusión de poderes (Convención, cesarismo) han mantenido la separación de las autoridades administrativas y judiciales. En el extranjero, Estados Unidos, cuyo régimen constitucional se funda en la separación de poderes, ha ignorado siempre la separación de autoridades administrativas y judiciales”*²².

²² Al respecto, VEDEL hace el siguiente análisis sobre el origen de la jurisdicción administrativa: “Sin volver a las viejas querellas doctrinales, es preciso señalar que la separación de poderes en el sentido constitucional del concepto, no justifica en absoluto el corolario que los Constituyentes trataron de deducir. En el terreno de la lógica, el hecho de que un proceso en el que estuviera implicado el poder ejecutivo (es decir, la Administración, desde el punto de vista que nos interesa) fuese juzgado por un tribunal judicial no constituiría en modo algu-

3. Criterio formal

Este criterio tampoco ha tenido mucha acogida en la doctrina. Se basa en la consideración de que los contratos administrativos deben ser celebrados previo el cumplimiento de un procedimiento especial, la licitación pública, sometido a un pliego de condiciones y una oferta del contratista, mientras que el contrato de Derecho privado de la Administración es celebrado en la misma forma que lo hacen los particulares, por lo que no debe cumplir con estas formalidades.

Como en el caso anterior, se ha visto que el procedimiento puede ser variado por el legislador y en muchos casos depende, más que del objeto del contrato a celebrarse, de la cuantía del mismo. Por otra parte, los particulares también pueden acudir a la licitación para celebrar sus contratos²³, incluso este procedimiento puede ser impuesto por las autoridades con el fin de prevenir que se realicen actos restrictivos de la competencia por parte de los productores o proveedores de bienes o servicios que no tienen suficiente oferta en el mercado, en beneficio de empresas con las que tienen un interés directo, por lo que es necesario establecer mecanismos transparentes para que todos los agentes que los requieran estén en condiciones similares de adquirirlos²⁴.

no una intromisión del poder judicial en el ejercicio del poder ejecutivo. El juez está encargado de declarar el Derecho y de asegurar la aplicación de la ley, y su intervención no tendría el carácter de una invasión, siempre que se atuviese a los términos de su misión. Del mismo modo que un tribunal que entiende de litigios mercantiles no realiza un acto administrativo. Si existiera algo de verdad en el punto de vista de los Constituyentes, mal se comprendería cómo, al fin se ha podido dar un juez a la Administración, que es justamente lo que ha ocurrido al convertirse el Consejo de Estado en un auténtico juez. En rigor, la concepción de los Constituyentes hubiera podido oponerse a que los litigios administrativos fuesen resueltos por un órgano distinto del jefe del poder ejecutivo. Ahora bien, el mejor elogio que puede hacerse del Consejo de Estado es que no solo es un auténtico juez, sino, además, que se trata de un juez que, en el desempeño de su misión, actúa con entera independencia del Gobierno y de la Administración". VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*, cit., p. 56.

²³ Código de Comercio, artículo 860. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

²⁴ Ley 142 de 1994, artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que dis-

Además, como señala el Consejo de Estado español, en todos los contratos del Estado, incluso en aquellos que por su propia naturaleza excluyan la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, debe observarse un marco mínimo de normas administrativas sobre competencia y procedimiento, aunque no requieran celebrarse mediante licitación pública²⁵.

4. Criterio de la clasificación legal

De acuerdo con los orígenes de la figura en la jurisprudencia francesa, siempre se ha admitido que los contratos que celebran los entes públicos pueden ser considerados como tales en razón del servicio público o el interés general que persiguen, sin que sea necesario que se encuentren clasificados como administrativos en el texto legal. Por supuesto, si por mandato de la ley un determinado contrato se considera administrativo, no se podrá acudir a razones como el objeto, el fin perseguido o la ausencia de algún requisito o cláusula para sustraerlo de la aplicación del régimen excepcional del Derecho público.

5. Criterio de la voluntad de las partes

Se dice que el contrato es administrativo cuando las partes han querido someterlo al régimen excepcional del Derecho público. Esta posición resulta débil de sostener, ya que las actuaciones administrativas son regladas, de manera que las entidades públicas no pueden, a su arbitrio, optar por un régimen de Derecho público o de Derecho privado pues están sometidas a los parámetros que le fija el ordenamiento jurídico. En este sentido, el contrato será administrativo cuando así lo imponga el ordenamiento jurídico, de manera que no puede ser de libre discusión para las partes la naturaleza del contrato.

tribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

²⁵ Consejo de Estado español. Dictamen del 2 de octubre de 1969. Exp. 36.339. Citado en DE SOLAS RAFECAS, José María. *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*, Ed. Tecnos, p. 145.

6. Criterio de las cláusulas exorbitantes

A pesar de que la teoría del contrato administrativo como entidad especial dentro del ordenamiento jurídico se construye a partir de los principios de interpretación de las cláusulas exorbitantes, no puede decirse que éstas deban ser el fundamento de la distinción, pues, en estricto sentido, son un efecto del carácter público del respectivo contrato, como lo ha sostenido el Consejo de Estado²⁶.

Por lo anterior, la incorporación de estas cláusulas dentro del contrato no es uniforme y depende, en muchos casos, de que esté prevista en la ley, con lo cual se llegaría a la conclusión que el criterio de clasificación del contrato es el legal. También puede ser que, aún cuando el legislador no lo haya dispuesto, la Administración imponga las cláusulas en el contrato, con lo cual se diría que el verdadero criterio de clasificación dependería de la voluntad de las partes, que tampoco resulta válido, como ya señaló. Siguiendo con el análisis, podría decirse que la imposición de las cláusulas depende del objeto, como en el contrato de obra, o del interés que persigue la Administración, como en la concesión, o porque se celebra para la prestación de un servicio público, de manera que serían estos criterios los que definirían la clase de contrato y no su incorporación al mismo.

7. Criterio del servicio público

Admitida en Francia la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de situaciones jurídicas propias del Derecho privado pero en las que va envuelta la noción del servicio público, según el fallo en el caso de la niña Blanco, la teoría del servicio público fue introduciéndose en otras áreas del Derecho administrativo, como en los contratos, que eran considerados como “actos de gestión”, sometidos a la jurisdicción ordinaria. En 1903, el Consejo de Estado francés avanzó aún más cuando admitió que: *“Todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales – ya sea que la Administración actúe por vía de contrato,*

²⁶ Consejo de Estado. Sección 3ª. Auto del 5 de diciembre de 1975. Consejero Ponente Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Exp. 1897. Transcrita en ARCINIEGAS, Antonio José. *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, Tomo I. Ed. Temis, p.165.

o que ella proceda por vía de autoridad -, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”²⁷.

Sin embargo, el concepto de servicio público siempre ha entrañado para el Derecho administrativo enormes dificultades, teniendo en cuenta que el objeto de la actividad administrativa estará siempre unido a las teorías políticas y económicas de un Estado, en un momento determinado, como consecuencia del normal y permanente desarrollo de su evolución social²⁸.

En algunos casos, estamos ante un servicio público en la medida que exista una ley que declare así determinada actividad y la someta a un régimen excepcional; en otros casos, no es necesaria la existencia de la norma para que la actividad pueda ser considerada como un servicio público, sino que dependerá del interés general que involucre su prestación, el cual puede estar dado por razones circunstanciales de tiempo o lugar que pueden llevar a darle un tratamiento especial a una activi-

²⁷ Es la expresión del comisario de gobierno, señor Romieu, en el caso Terrier, en el que la municipalidad de Saone-et-Loire se comprometió a pagar una recompensa a quien matara una víbora; agotado el rubro, se presentó el señor Terrier a reclamar por las que el había matado, negándose la municipalidad al pago. Cita-do en: BERÇAITZ. *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 196.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, opina al respecto: “Las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce. A su vez, las técnicas formales de administrar varían también circunstancialmente, por lo que sería vano intentar aislar una de ellas como prototípica y definitoria: así se ha visto espectacularmente con la experiencia de las nacionalizaciones y empresas públicas, que por sí sola ha bastado en Francia para poner en crisis a la hasta ese momento hegemónica «doctrina del servicio público» que hacía un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos (...) el fenómeno de las empresas públicas ha roto definitivamente esa correspondencia, al suponer, por una parte, la aplicación del derecho privado en la gestión ad extra de los servicios públicos inequívocamente tales -ferrocarriles, electricidad, gas-; por otra, la aplicación del derecho público -en cuanto a la forma de personificación y organización- para gestionar actividades substancialmente privadas; por ejemplo, la Régie Renault, que, bajo una forma pública, fabrica y pone en el mercado los automóviles de esa marca; en el mismo sentido, la nacionalización de ciertos grupos industriales acordada por el gobierno socialista en 1981”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*, Ed. Civitas. 4a. ed., p. 25.

dad que generalmente no era considerada como tal pues, al fin y al cabo, este concepto puede ser más político que jurídico, como lo reconoce la mayor parte de la doctrina.

Los servicios públicos se han clasificado en *proprios* e *impropios*. En el primer caso, estos servicios son los que se prestan para realizar los fines esenciales de la organización política, por lo que su ejecución corresponde directamente al Estado, aunque en algunos casos puede tener el concurso de particulares²⁹. En el evento de los servicios públicos impropios, se trata de una actividad que involucra el interés colectivo pero que se desarrolla bajo la iniciativa de los particulares³⁰.

En este sentido, el concepto de servicio público como elemento esencial del contrato administrativo, se refiere a los denominados servicios públicos propios, en los que por definición una de las partes es la Administración y el contrato será administrativo cuando la participación del contratista en la ejecución del servicio sea indispensable para su funcionamiento (aunque no es necesario que su participación sea directa y personal, como lo supone alguna parte de la doctrina), de manera que un contrato que se celebra para atender las necesidades de la Administración, pero que no afecta la prestación del servicio (suministro de equipos de oficina), no será un contrato administrativo; y, en sentido contrario, un contrato con el mismo objeto pero que resulta esencial para la realización de los fines estatales (suministro de artículos para la defensa nacional o transporte de tropas), será siempre un contrato administrativo.

Por último, debe señalarse que a pesar de la importancia que la teoría del servicio público tiene para el Derecho administrativo, la cual irriga todos sus desarrollos, las raíces políticas del concepto de servicio público no permiten tener un criterio exacto para su aplicación.

²⁹ Esta es la opinión de MARIENHOFF, quien afirma que “el servicio público solo debe considerarse en cuanto ‘integre’ o pueda integrar las funciones esenciales y específicas del Estado, los ‘fines públicos’ propios de éste, coincidiendo con tales finalidades”. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III-A, cit., p. 67.

³⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, cit., p. 23.

C. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

El Decreto 222 de 1983, en el artículo 16, enunciaba expresamente los contratos que podían considerarse como contratos administrativos propiamente dichos, siguiendo el criterio de la clasificación legal como método para diferenciar los contratos sometidos a un régimen excepcional o de Derecho público, de los llamados contratos de Derecho privado de la Administración. Así, eran contratos administrativos los siguientes: a) los de concesión de servicios; b) los de obras públicas; c) los de prestación de servicios; d) los de suministro; e) los inter-administrativos sin importar su objeto; f) los de explotación de bienes del Estado; g) los de empréstito; h) los de crédito celebrados por la extinguida Compañía de Fomento Cinematográfico – FOCINE; i) los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; j) los que se celebran con entidades internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales “cuando no se les considere tratados o convenios internacionales”.

Sin embargo, el artículo 61 del Decreto 222 de 1983³¹ establecía una regla que hacía inútil cualquier esfuerzo por diferenciar ambas clases de contratos, salvo que se tratara del contrato de compraventa de bienes muebles o los que celebraran las empresas industriales y comerciales del Estado, al ordenar que se incluyera la cláusula de caducidad en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstito.

Por lo anterior, si bien parecía que los contratos administrativos eran sólo diez, realmente el alcance de las normas relacionadas con las cláusulas exorbitantes y la jurisdicción competente, llevaron a que también se aplicaran muchos de los principios propios de los contratos administrativos a los contratos de Derecho privado de la Administración cuando en ellos se pactaba la cláusula de caducidad, por lo que en la práctica no se presentaban grandes diferencias entre ambas catego-

³¹ Decreto 222 de 1983, artículo 61. **De la obligación de pactar la caducidad.** La caducidad será de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstito. No será obligatoria en los contratos interadministrativos.

En la cláusula respectiva deberán señalarse claramente los motivos que den lugar a la declaratoria de caducidad.

rías. Incluso, el artículo 60 del Decreto 222 de 1983 establecía que en aquellos contratos administrativos y de Derecho privado de la Administración en que se pactara la cláusula de caducidad era obligatorio incluir las de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con lo cual estos contratos quedaban sometidos totalmente al régimen del Derecho público. Esto llevó a que la clasificación de los contratos celebrados con el Estado tuviera una subespecie dentro de la anterior legislación, así:

1. Los contratos administrativos.
2. Los contratos de Derecho privado de la Administración, que podían ser:
 - a) Contratos de Derecho privado de la Administración en los que se pactaba la cláusula de caducidad.
 - b) Contratos denominados “*contratos de mero Derecho privado de la administración*” que, en últimas, eran los contratos de compraventa de bienes muebles, empréstito y los que celebraban las empresas industriales y comerciales del Estado y sus asimiladas, cuando no fueran de obras públicas o empréstito.

Adicionalmente, a pesar de la claridad de los artículos 254³² y 257³³ del Decreto 222 de 1983, una confusa interpretación del inciso segundo del artículo 16 del mismo estatuto³⁴, que definía como “contratos de

³² Decreto 222 de 1983, artículo 254. **De los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado.** Salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en este decreto sino las usuales para los contratos entre particulares.

Sin embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero.

³³ Decreto 222 de 1983, artículo 257. **De los contratos de las sociedades de economía mixta.** Los contratos de las sociedades de economía mixta, en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten a las reglas previstas en el presente estatuto para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado.

Los contratos de las demás sociedades se someterán a las reglas del derecho privado, salvo disposición en contrario.

³⁴ Decreto 222 de 1983, artículo 16, inciso 2: (...) 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.

Derecho privado de la Administración” los contratos celebrados por estas entidades, con el parágrafo del artículo 17³⁵ y los artículos 130 a 132 del Decreto 01 de 1984, hizo que también se extendiera la aplicación del artículo 61 a casi todos los contratos en los que hiciera parte una entidad estatal³⁶. Al respecto, el Consejo de Estado había manifestado lo siguiente:

“ (...) a) Que la Ley distingue dos clases de contratos entre los que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado: los administrativos y los de Derecho privado; b) Que por regla general, los contratos de estas empresas son de Derecho privado; c) Que la Ley autoriza a tales empresas para escoger una u otra forma contractual, según opte por las estipulaciones usuales entre contratistas particulares o pacte cláusulas especiales de Derecho público, como la de caducidad; d) Que la Ley puede determinar que algunos de estos contratos llenen los mismos o algunos requisitos que los que deben cumplir los del Gobierno, o sea, imponer la forma del contrato administrativo, y e) Que la estipulación de la cláusula que otorgue el derecho a la declaración administrativa de la caducidad de un contrato de estas empresas, le confiere naturaleza de contrato administrativo”³⁷.

En contraste, la Ley 80 de 1993 pretende superar la discusión acerca de la clasificación de los contratos de las entidades estatales, denominándolos simplemente contratos estatales y unificando bajo un mismo régimen algunos de los elementos que permitían esta clasificación, en especial, lo relativo a la jurisdicción del contrato³⁸.

³⁵ Decreto 222 de 1983, artículo 17. (...) 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.

³⁶ “Ahora bien, en todos los contratos, salvo las excepciones legales, debe pactarse la cláusula de caducidad, sean administrativos o de derecho privado”. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. *Procesos contencioso administrativos*, Parte General, Librería Jurídica Wilches, p. 278

³⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de abril de 1974. Rad. No. 867.

³⁸ Afirma el Gobierno en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 80 de 1993, lo siguiente: “Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados”.

Sin embargo, las diferencias con el anterior régimen no fueron tan profundas como parece a primera vista, pues la Ley 80 de 1993 mantiene aspectos como el que se refiere a la inclusión de las cláusulas exorbitantes, cuya estipulación sigue siendo obligatoria sólo en algunos contratos, aunque sean menos que los previstos en el Decreto 222 de 1983, por lo que seguramente se hará mayor énfasis en los conceptos de poder público, interés general y servicio público en los contratos que incluyan las cláusulas excepcionales, para efectos de interpretar sus alcances.

Por lo tanto, es evidente que aún se presentan diferencias en la interpretación de algunos contratos, como si hubiera “unos contratos estatales, más estatales que otros” y, antes que “privatizar” la contratación estatal, el nuevo estatuto unifica en un régimen general, que es el de su propia égida, las reglas sobre formación, ejecución, interpretación y responsabilidad, de manera que el sentido normativo imprime al contrato estatal el carácter de público, el cual tendrá mayor preponderancia al aplicarse las cláusulas exorbitantes y que deberá armonizarse, para efectos de la aplicación del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, con las normas del Derecho privado³⁹.

Además, se han creado regímenes especiales para ciertos sectores, principalmente para aquellos servicios liberalizados o desregulados, que por estar abiertos a la competencia, el legislador no ha considerado conveniente someterlos a las reglas y procedimientos de contratación de las entidades públicas.

³⁹ BREWER-CARIAS ha manifestado que: “(...) en la actualidad, en realidad, la noción de contrato administrativo sólo puede aceptarse para identificar un tipo de contrato de la Administración el cual, por la finalidad perseguida por la Administración al contratar, está sometido a un régimen preponderante de derecho público, pero no porque tenga un régimen de derecho público, por contraposición a otros contratos de la Administración que estarían sometidos a un régimen de derecho privado. Estos últimos, como veremos, no existen; toda la actividad contractual de la Administración, es administrativa, y está sometida a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado. La preponderancia de uno u otro y su utilización regular, es lo que adquiere ahora importancia”. BREWER-CARIAS. *El derecho administrativo en Latinoamérica*, cit., p. 146. En el mismo sentido, dentro de la doctrina nacional: RODRIGUEZ R., Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, Ed. Temis, pp. 319 y 320. ESCOBAR. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., p. 34.

D. EL CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL EN LA LEY 80 DE 1993

Al igual que en el Derecho privado⁴⁰, los actos de la Administración se han clasificado siguiendo las posibles formas de manifestación de la voluntad del ente estatal, en actos administrativos unilaterales y actos administrativos plurilaterales. Dentro de los primeros se encuentran los actos de carácter general o abstracto, como el reglamento y los actos individuales o particulares y concretos; a los segundos, pertenecen los denominados actos colectivos o convenios, los actos complejos y los contratos⁴¹.

El Código Civil precisa que el contrato es el acto por el cual *“una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”* (artículo 1495). Como ha señalado la doctrina nacional, la norma transcrita confunde el concepto de contrato con el de obligación, cuyo contenido está formado por prestaciones de *dare, facere o non facere*. Esta deficiencia fue corregida en el estatuto mercantil que, en el artículo 864, define el contrato como *“un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”*.

Con esta definición nuestro Código de Comercio adoptó dos elementos que correspondían a las tendencias legislativas de ese momento: el primero, la posibilidad de que los contratos sirvan no sólo para crear relaciones jurídicas, sino también para modificar relaciones existentes

⁴⁰ Según los doctores OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, los actos jurídicos pueden clasificarse en: a) “actos jurídicos unipersonales”, que se dividen en “actos unipersonales simples”, como el testamento, y “actos unipersonales complejos o colectivos” que, aún cuando se imputan a un solo agente (la persona jurídica), suponen el concurso de voluntades de todos aquellos que intervienen en su adopción o perfeccionamiento; y b) “actos plurilaterales”, que a su vez pueden ser convenciones, cuando tienen por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones y “contratos”, que solo tienen por objeto crear obligaciones. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Ed. Temis, 2a. ed., p. 44 y ss.

⁴¹ Al respecto, BERÇAITZ afirma: “Únicamente consideramos acto administrativo una decisión o declaración unilateral de un órgano estatal, diferenciándolo así del acto jurídico bilateral, originado por la fusión de la voluntad del Estado y de un particular en el contrato, que tiene un régimen propio diferenciado del acto administrativo, y del creado por la unión de la voluntad de dos o más órganos, de dos o más entes estatales, en el acto complejo o en el acto colectivo”. BERÇAITZ. *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 5.

o extinguirlas, de lo cual surge la tesis de que algunas formas de extinción de las obligaciones, como el pago, pueden ser un contrato; el segundo, que los contratos tienen carácter patrimonial, de manera que aquellos acuerdos que no tienen por objeto relaciones jurídicas de contenido económico serían simples convenciones.

El estatuto contractual, por su parte, en el artículo 32 define el contrato estatal como “*todos los actos 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 (...)*”. De manera generalizada se critica esta definición porque no incluye un elemento esencial del contrato como es el de la consensualidad, pues el contrato necesariamente nace de un acuerdo de voluntades y no de cualquier acto generador de obligaciones⁴². El concepto de “*acto generador de obligaciones*”, en cambio, comprende todas las manifestaciones de voluntades que se exteriorizan e interesan al orden jurídico, tanto los actos o negocios jurídicos unilaterales como las convenciones, de las cuales el contrato es solo una especie⁴³.

Sin embargo, debe aclararse que la Ley 80 de 1993 también se aplica a actos unilaterales, como son las licencias, de apariencia distinta al contrato pero cuyo contenido puede tener elementos comunes al mismo y a los que se refieren los artículos 33 a 37, sobre telecomunicaciones y servicios postales, por lo que aún cuando no son contratos propiamente dichos, algunas normas del estatuto de contratación como las que se refieren a las inhabilidades, incompatibilidades o de equilibrio financiero, con algunas limitaciones, les son aplicables.

La norma que se comenta, resulta aún más confusa al mencionar que el concepto de contrato estatal comprende los actos derivados de la autonomía de la voluntad, pues, ¿cuál puede ser ésta tratándose de la administración pública?, ¿será la misma autonomía de la voluntad

⁴² La doctrina nacional ha señalado que: “El precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unipersonales complejos) es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión consentimiento (del latín *cum sentire*), que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (*in idem placitum*)”. OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, cit., p. 148.

⁴³ *Ibíd.*, p. 43 y ss.

privada? Posiblemente sí, bajo los presupuestos de las actuaciones públicas, es decir, como una actividad reglada.

Según SCOGNAMIGLIO, la autonomía de la voluntad privada es un poder reconocido a los particulares para regular sus relaciones jurídicas que se proyecta en la *“libertad de contratar o no contratar; libertad de escoger con quien; libertad de determinar el contenido de la disposición; a las cuales habría que agregar estas otras, en afán de plenitud expositiva: libertad de celebrar el negocio por sí mismo o por medio de representante, apoderado o interpuesta persona; libertad de forma de actuar o, más estrechamente, de expresarse; y libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato”*⁴⁴.

En este sentido, nada impide que el Estado al discutir el contenido del contrato acuerde libremente las reglas a las que ha de someterse para su cumplimiento, por encima de las normas de carácter supletivo y de la costumbre mercantil⁴⁵, siempre que en sus actuaciones busque la realización de sus propios fines, definidos en la Constitución Política y la ley.

De la misma manera, el artículo 40 del estatuto contractual prescribe que las entidades estatales podrán celebrar todo tipo de contratos y de acuerdos que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, si es del caso, celebrar también contratos atípicos, e incluir en los mismos todas *“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”*.

Debe tenerse en cuenta que mientras la generalidad de los negocios particulares se discuten libremente, sin más límites que la licitud del objeto y de la causa en el negocio, la actividad contractual del Estado sigue siendo esencialmente reglada, tanto en relación con el proceso de formación de la voluntad del ente público, como en su manifestación externa y, por supuesto, en cuanto al cumplimiento de una amplia variedad de requisitos exclusivos de la administración pública, entre

⁴⁴ Citado por HINESTROSA, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Universidad Externado de Colombia, p. 10.

⁴⁵ Código de Comercio, artículo 4. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

otros, los consagrados en las normas sobre presupuesto, en las normas generales sobre procedimientos administrativos, en disposiciones de carácter disciplinario y, por supuesto, en el estatuto de contratación administrativa.

Por lo tanto, frente a las proyecciones de la autonomía de la libertad puede afirmarse que tratándose de una actividad reglada, la contratación de las entidades públicas encuentra mayores dificultades para desplegarse, lo cual puede verificarse en varios momentos durante el proceso de contratación, como la apertura del proceso de selección, la elaboración de los pliegos de condiciones, la presentación y evaluación de las propuestas o la formalización del contrato, aspectos que pueden llevar a que se declare nulo el contrato en caso que se omita el cumplimiento de lo prescrito para tal efecto, como sucedería de presentarse ambigüedades en los términos de referencia que puedan llevar a la declaración como desierta de la licitación; circunstancias que no se presentan en la esfera privada, donde esas imprecisiones se pueden valorar con menos rigor, quedando limitada la nulidad a los casos en los que en la etapa precontractual se haya actuado con mala fe.

En efecto, para poder iniciar el proceso de contratación la resolución de apertura debe estar precedida, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad que sean necesarios, de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras (Ley 80 de 1993, artículo 30), condiciones que no siempre se cumplen. Más importante aún es la existencia de la respectiva partida presupuestal, que conforme al principio de especialización (Ley 38 de 1989, artículo 14 y Ley 179 de 1995, artículo 55, inciso 3), cuyo fundamento es el artículo 345 de la Constitución Política, asegura que el gasto que se va a realizar cuenta con la apropiación necesaria, corresponde al objeto y funciones del respectivo órgano y que se ejecutará de acuerdo con la destinación prevista para las respectivas partidas. En caso contrario, puede incurrirse en el delito de prevaricato al desviar los recursos del Estado para fines distintos a los programados.

Igualmente, algunos ordenamientos especiales han previsto otras condiciones que se consideran implícitas en los contratos y que rigen su ejecución, como por ejemplo el término de duración de las concesiones

para los servicios de telecomunicaciones, previsto en el artículo 36 del estatuto contractual o la aplicación de sanciones específicas como son las multas o la terminación por infracción a las normas legales o reglamentarias que regulan determinados servicios, como también ocurre en las concesiones de los servicios de telecomunicaciones⁴⁶.

De otra parte, es importante reconocer que la ley permite a los proponentes que presenten alternativas, pero es estricta al afirmar que las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. En todo caso, cualquier alternativa o excepción técnica o económica no puede ser un condicionamiento para la adjudicación del contrato, advierte el numeral 6 del artículo 30 del estatuto de contratación estatal.

E. CONTRATOS ESPECIALES

El párrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ha previsto que 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 los negocios propios de su objeto social, no estarán sujetos a esta ley, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a las mencionadas actividades, previsión apenas obvia y que no supone una mayor fractura del régimen general de contratación, pues se trata de actividades que por su mismo objeto no han sido consideradas propias de la organización estatal, sino que han sido asumidas por el Estado como parte de una política de fomento para promover el desarrollo de ciertos sectores, como el agrícola y la construcción, o en forma provisional por efectos de la intervención en entidades mal administradas, con el fin de garantizar el orden económico.

Si bien resultaba sano y claramente justificado este criterio para el desarrollo de la actividad financiera, de por sí privada y en la que el Estado ha tenido que participar motivado en muchos casos por la fuer-

⁴⁶ Decreto Ley 1900 de 1990, artículo 53. La persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior será sancionada con multa hasta por el equivalente a un mil (1000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la actividad hasta por dos meses, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia o autorización, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión.

za de los acontecimientos que en varias ocasiones hubieran podido llevar a la crisis del sector bancario, el Consejo de Estado ha creado un galimatías para defender la figura del contrato estatal, con una posición que resulta absolutamente contraria a la voluntad de legislador. Ha afirmado el Consejo de Estado que los contratos a los que se refiere el párrafo del artículo 32 son privados cuando son celebrados por una entidad estatal dedicada a estas actividades con un particular, pero que serán estatales los contratos celebrados por entidades financieras estatales con entidades estatales y, peor aún, los que celebren entidades financieras privadas con entidades estatales, llegando a la conclusión que el contrato de cuenta corriente es un contrato estatal en las circunstancias mencionadas, lo cual no tiene precedente en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁷. Curiosamente, la misma providencia afirma que este contrato es consensual, conforme al artículo 1396 del Código de Comercio, pero ignora que el artículo 41 del estatuto contractual prevé que los contratos estatales deben ser celebrados por escrito para su perfeccionamiento, primera contradicción que surge de la errónea interpretación del Consejo de Estado, además de otros conflictos que pueden presentarse como el otorgamiento de garantías, lo cual resultaría absurdo, por ejemplo, si se trata de un contrato de seguro que toma una entidad estatal.

Es cierto que el párrafo del artículo 32 solo contempla como excepción los contratos celebrados por entidades financieras estatales con particulares, pero esa exegética interpretación desconoce un aspecto fundamental para la definición de la naturaleza del contrato, cual es el tratamiento constitucional de las actividades financiera, bursátil y aseguradora. Conforme lo dispone el artículo 335 de la Constitución Política, las mencionadas actividades son de interés público y ejercidas previa autorización del Estado y aún cuando podría discutirse si la norma considera estas actividades como privadas, por lo menos es claro que el mandato constitucional determina que solo pueden ser ejercidas por personas autorizadas y deben ser desarrolladas bajo un régimen excepcional que conlleva una copiosa regulación para preservar la con-

⁴⁷ Consejo de Estado. Sección 3a. Auto del 10 de junio de 2004. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 24.764. Revista *Jurisprudencia y Doctrina* No. 393.

fianza del público. En consecuencia, estas actividades están sujetas a estas disposiciones especiales y a ninguna más, pues resultaría caótica pretender mezclar dicho régimen con las normas del estatuto de contratación estatal como serían las que se refieren al proceso de formación del contrato, a las garantías que debe tener, a las cláusulas o poderes excepcionales de la Administración, su liquidación o la solución de diferencias, que no tendrían aplicación alguna.

Debe también precisarse que el artículo 32 de la ley 80 de 1993, diferencia entre los contratos que corresponden al giro ordinario de las entidades financieras y los demás contratos que estarían sujetos al estatuto contractual. Con el fin de precisar el alcance del concepto de “giro ordinario de los negocios”, la Circular Externa 055 de 1997 de la Superintendencia Bancaria aclara que estas entidades pueden desarrollar dos tipos de actividades, a saber:

- a) Las actividades principales, que son las relacionadas en su objeto social, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los estatutos internos que las rijan y en los certificados de autorización.
- b) Las actividades conexas, cuya relación el objeto social debe ser “de medio a fin” pues, como la Superintendencia Bancaria precisa, no todas las actividades de un establecimiento de crédito pueden reducirse a las operaciones de intermediación financiera que constituyen su objeto social, como podría ser la conservación, reparación y mejora de los bienes que integran su patrimonio, o a la solución de situaciones coyunturales de iliquidez, las cuales, sin estar comprendidas entre las propias de la intermediación financiera, sí corresponden al giro ordinario de sus negocios y, por lo tanto, su objeto social se extiende a ellas por tratarse de actos necesarios para su adecuado funcionamiento.

Este raciocinio se fundamenta en el artículo 99 del Código de Comercio, el cual dispone que se “entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”, y en el artículo 196, inciso 2, que permite a los representantes de las sociedades “cele-

brar o ejecutar todos los actos y contratos (...) que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”, a la vez que, correlativamente, la segunda parte del numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio, sanciona como ineficaz las estipulaciones sobre actividades que no tengan relación directa con el objeto social⁴⁸.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado fijó los criterios que se deben tener en cuenta para precisar cuándo una actividad corresponde al giro ordinario de estas entidades, mediante la siguiente sinopsis:

⁴⁸ En ese sentido, el Consejo de Estado agregó: “(...) existe una gama de contratos que deben realizar las empresas y sociedades estatales del sector financiero, bursátil y asegurador, cuya finalidad esencial es permitirle a la entidad ofrecer al mercado iniciativas y tecnologías de punta o anticiparse en éste a sus competidores, en síntesis, desarrollar una estrategia de mercado, que necesariamente tienen que estar comprendidos dentro del concepto de conexidad con el giro ordinario de sus actividades. Tal el caso, por ejemplo, de los contratos para la adquisición de equipos de alta tecnología para ofrecer mejores servicios asociados al manejo del dinero a sus clientes, de aquellos referentes a las campañas publicitarias y de todos aquellos que les ayudan a participar en el mundo de la competencia por el mercado, donde la oportunidad y el elemento “sorpresa” resultan relevantes para conquistar la clientela, factores propios de la competitividad que se perderían si no se pueden realizar con el sigilo propio de una estrategia de mercado. En la situación actual del mercado y la actividad comercial, la relación de medio a fin debe ser una relación funcional, que contemple realmente el impacto de costos, gastos y de tiempo (costo de oportunidad), no solo una relación estática o conceptual. El objetivo principal de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, en general, pero en particular las del sector financiero, es obtener no solo la prestación eficiente de servicios sino utilidades y competir en el mercado y esas utilidades están dadas por la eficiencia en tiempo y costos en sus procesos administrativos, parte importante de los cuales es la contratación. En empresas de servicios como son hoy en día las financieras, los insumos necesarios son de muy diversa índole: son asesorías, publicidad, papelería, equipos de alta tecnología. No son solo los insumos relacionados directos con la actividad principal de la empresa. Nótese que se dice actividad y no solo capacidad jurídica principal o nominal o contractual. De esta manera, un acto simplemente es o no es del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, según esté dentro de la actividad principal o se requiera para realizarla o no tenga ninguna relación con ella. Es un análisis teleológico o finalístico el que tiene que hacerse para mirar un acto o contrato, en relación con el giro de los negocios de una empresa. Esa teleología o motivación puede estar explícita en el acto o contrato o puede estar implícita por los efectos materiales económicos y patrimoniales (inversión o gasto) relacionado con ese objeto principal”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de mayo de 2003. Consejera Ponente Dra. Susana Montes de Echeverri. Actor: Director del Departamento Nacional de Planeación. Radicación número 1488.

- 1) El objeto principal de una sociedad o de una empresa está integrado por los actos propios de la actividad económica que la entidad desarrolla.
- 2) El objeto secundario compuesto por los actos conexos, que pueden ser de dos tipos: los que se encuentran en relación directa con la actividad principal del ente social y los que se realizan para ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad. Debe tenerse en cuenta que, todos los actos accesorios o que componen el objeto secundario de la actividad social deben tener una relación de medio a fin con el objeto social, so pena de su ineficacia.

En consecuencia, la expresión “*giro ordinario de las actividades propias del objeto social*”, comprende el concepto de actividades principales previstas en el objeto social para el cual se constituyó la sociedad y los actos o negocios jurídicos que tienen una relación directa o “de medio a fin” con el objeto social porque permiten concretar o materializar las actividades intrínsecas a la empresa social y que serían las que corresponden al objeto secundario.

Con el mismo criterio que se adoptó para las entidades financieras, el legislador excepcionó de la aplicación del estatuto de contratación a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Al respecto, la Corte Constitucional declaró ajustadas a la Carta, las disposiciones que consagran el régimen excepcional de contratación de las empresas dedicadas a estas actividades, aún cuando fueran de naturaleza estatal, por considerar que son un desarrollo de los artículos 365 y 367 y no del inciso final del artículo 150, lo cual permite considerar que el carácter especial de estos contratos no está simplemente en la voluntad del legislador sino que, incluso, es propio del marco constitucional previsto para los servicios públicos domiciliarios⁴⁹.

⁴⁹ En efecto, la Corte Constitucional consideró lo siguiente: “Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la Ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver ar-

Por lo tanto, la Ley 142 de 1994 dispone que la constitución y los actos emanados de estas empresas, así como los necesarios para su administración y el ejercicio de los derechos de sus socios, en lo que no disponga la misma ley, se rigen por las normas del Derecho civil, comercial y las demás de carácter privado, lo cual es aplicable incluso a las sociedades en las que las entidades públicas son parte, independientemente del porcentaje que representen sus aportes en el capital, de la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce⁵⁰.

Así mismo, la Ley 142 de 1994, en su artículo 31 (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001)⁵¹, establece que los contratos que celebran las empresas de servicios públicos no están sujetos al estatuto general de contratación estatal (Ley 80 de 1993), aún cuando prevé la existencia de algunos contratos sometidos al Derecho público, como el contrato de servicios públicos, además de algunos contratos en los que se pueden pactar las cláusulas exorbitantes, para lo cual el legislador confiere a las comisiones de regulación la facultad de definir los contra-

tículo 15 de la ley). Entonces, la Ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador". Corte Constitucional. Sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1394.

⁵⁰ Consejo de Estado. Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 28 de junio de 2001. Consejero Ponente Dr. Luis Camilo Osorio Isaza.

⁵¹ Ley 689 de 2001, artículo 3. 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 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 (...)"

tos en que se pueden incluir dichas cláusulas⁵² y, como consecuencia de ello, los contratos y los actos y contratos en que se ejerciten esas facultades se registrarán por la Ley 80 de 1993⁵³, teniendo en cuenta que de acuerdo con la finalidad que se persigue al estipular estas cláusulas, esta autorización sólo es procedente en aquellos casos en que son necesarias para garantizar la continuidad del servicio, de manera que un contrato con el mismo objeto puede contener o no cláusulas exorbitantes, según el criterio de la respectiva comisión y, como consecuencia de ello, someterse a la jurisdicción contencioso administrativa o a la jurisdicción ordinaria. Es de aclarar que, a pesar de la confusa redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, también debe entenderse que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de los contratos en los que se han incluido las cláusulas exorbitantes cuando las mismas son autorizadas para un caso particular, por lo que el juez de estos contratos también debe ser el de lo contencioso administrativo respetando el principio lógico, según el cual, donde se tiene la misma causa se debe producir el mismo efecto⁵⁴.

Por otra parte, conforme al artículo 6 de la Ley 781 de 2002, las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas que tengan una participación directa o indirecta del Estado superior al cincuenta por ciento de su capital social, están sujetas a las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo, para efectos de la celebración de operaciones de crédito público y relacionadas.

En cuanto a la jurisdicción competente para conocer sobre las controversias derivadas de los contratos que celebran las empresas de servicios públicos, los cambios normativos y jurisprudenciales han sido

⁵² La Corte Constitucional, en la sentencia C-066 de 1997, declaró la exequibilidad del artículo en mención y afirmó que las comisiones de regulación están facultadas por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar los servicios públicos domiciliarios, lo que incluye la posibilidad de desarrollar, dentro del marco legal, lo relativo al régimen de los contratos de las empresas que prestan estos servicios.

⁵³ Consejo de Estado. Sección 3ª. Auto del 30 de septiembre de 2004. Consejera Ponente Dra. Nora Cecilia Gómez Molina. Exp. 25453. Revista *Jurisprudencia y Doctrina* No. 396.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Camilo Osorio Isaza. Concepto del 28 de junio de 2001. Rad. 1353 y Consejo de Estado. Sección 3ª. Auto del 26 de marzo de 1998. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14000.

constantes. En primer lugar hay que mencionar que la ley de servicios públicos sufrió un cambio radical en este aspecto con la promulgación de la Ley 689 de 2001, pues el artículo 31 original solamente sujetaba al Derecho privado los contratos que tuvieran por objeto la prestación de estos servicios y, por lo tanto, en un comienzo el Consejo de Estado concluyó en Sala Plena que los contratos celebrados por estas empresas estaban sometidos, por regla general, a la jurisdicción ordinaria, pero que eran de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa los contratos de prestación de servicios públicos (contrato de condiciones uniformes) y los contratos en los que se haya pactado la cláusula de caducidad⁵⁵.

De la decisión mayoritaria salvó su voto el Consejero Daniel Suárez Hernández, al interpretar que cuando el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, dice que se registrarán por el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Derecho privado), los contratos que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no se trata del contrato de condiciones uniformes sino de los contratos que *“tienen estrecha relación con la prestación del servicio público domiciliario de telefonía y por consiguiente se torna inescindible el negocio jurídico con el objeto material del mismo”*, y concluye que la Sala ha vuelto a la dicotomía de los contratos administrativos y de Derecho privado de la Administración, según contuvieran o no cláusulas excepcionales. Sin embargo, el mismo salvamento de voto está reconociendo implícitamente que pueden existir contratos que por no tener esa vinculación directa con la prestación del servicio público, no se someterían a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que es consecuencia de la existencia de las dos categorías contractuales.

Precisamente, la Ley 446 de 1998, que reforma el Código Contencioso Administrativo, sigue la dirección del salvamento de voto⁵⁶. En

⁵⁵ En dicha providencia se explica cómo en las deliberaciones del Congreso se pretendía todo lo contrario a lo que finalmente se dispuso, es decir, volver público todo el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos por la naturaleza de su actividad, sin importar que se tratara de empresas oficiales, privadas o mixtas. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso-administrativo. Auto del 23 de septiembre de 1997. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. S-701.

⁵⁶ Curiosamente el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, ponente de la sentencia de la que salvó su voto el Dr. Daniel Suárez Hernández, fue miembro de la comisión redactora del proyecto de ley de descongestión judicial (Ley 446 de 1998).

efecto, al fijar las competencias de los tribunales (artículo 132, num. 5) y de los jueces administrativos (artículo 134, num. 5), establece que éstos conocen de los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio. En sentido contrario, no serán objeto de la jurisdicción contencioso administrativa los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios que no tengan esa vinculación, sin importar que sean celebrados por entidades oficiales⁵⁷.

Es indudable que hay un cambio significativo entre la expresión “que tengan por objeto la prestación de esos servicios”, que trae la Ley 142 de 1994 y la expresión “cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio”, que conlleva consecuencias opuestas, pues en el primer caso la norma pretende que las actividades comerciales que constituyen los servicios públicos domiciliarios se sometan al Derecho común, las cuales también se espera pueden llegar a ofrecerse en condiciones de competencia con empresarios privados, mientras que las demás actividades no pueden sustraerse al control jurisdiccional ordinario de los entes administrativos, precisamente porque no tienen ese carácter comercial. En cambio, la Ley 446 de 1998 considera que los servicios públicos domiciliarios requieren de un tratamiento especial, distinto al de una actividad comercial común, en razón a que se trata de una actividad intervenida en la que está inmerso el interés general y, por lo tanto, deben someterse a unas reglas excepcionales al Derecho común que, por una parte, reconocen explícita o implícitamente prerrogativas a quienes desarrollan estas actividades para garantizar la buena marcha del servicio, a pesar de lo cual el Consejo de Estado procura conciliar la decisión de la Sala Plena con la reforma legislativa, explicando que la expresión “contratos vinculados directamente con la

⁵⁷ Sin embargo, la aplicación de esta norma dió lugar a conflictos porque, de acuerdo con el párrafo del artículo 164, mientras no se conformaran los juzgados administrativos continuarían aplicándose las normas anteriores, de manera que algunos interpretaban que la Ley 446 de 1998 se encontraba suspendida, mientras otros consideraban que las normas suspendidas eran únicamente las que tenían relación con la competencia de los jueces administrativos y, en la medida que se vieran relacionadas con éstas, las que fijaban competencias a otras instancias, pero no así las normas que podían aplicarse en forma inmediata porque no dependían de la conformación de dichos juzgados, discusión que debe darse por superada con la expedición de la Ley 954 de 2005.

prestación del servicio”, tiene un alcance restringido y, en tal sentido, afirma:

“Teniendo en cuenta que en el contrato cuya nulidad absoluta se demanda, no se advierte que se hubiere incluido alguna de las cláusulas excepcionales al Derecho común que contempla la Ley 80 de 1993 y atendiendo a lo preceptuado en el artículo 8º y 76 de la Ley 143 de 1994 y en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, debe concluirse que el conocimiento del presente asunto le compete a la jurisdicción ordinaria y no a esta jurisdicción especializada. Esta conclusión se mantiene aún frente a las modificaciones introducidas por los artículos 32 y 42 de la Ley 446 de 1998 al artículo 132 y la creación del artículo 134B del C.C.A., la cual entró a regir el 7 de julio del mismo año, antes de que se hubiere instaurado la presente demanda, en cuanto señalan que las controversias derivadas de los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios son de competencia de esta jurisdicción cuando su finalidad está vinculada directamente a la prestación del servicio, si se examina la intención de los redactores, según se desprende de la historia fidedigna de su establecimiento (...) Creemos, entonces, que la interpretación que se deja visto en los numerales 5º de los artículos 132 y 134B del Código Contencioso Administrativo en el extremo ‘su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio’, debe ser restrictiva y no la amplia que formalmente presenta la redacción de la nueva ley de descongestión, porque con criterio extremo podría sostenerse que todas las controversias derivadas de tales contratos serían de la jurisdicción administrativa, ya que todas están en una u otra forma, unidas a la prestación del servicio público. Si esa hubiera sido la intención del legislador se hubiera redactado la norma sin la condición cuestionada” (Subrayado fuera del original)⁵⁸.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección 3ª. Auto del 9 de marzo de 2000. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 16661. En sustento de estas afirmaciones, la providencia cita al Dr. Carlos Betancur Jaramillo, quien explica el cambio producido por la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Con esta referencia a la historia de la creación de la norma, estimamos que la jurisprudencia de la Sala Plena citada atrás, se mantiene en su integridad y se facilita con ello el control más ágil y eficaz de los actos y contratos de las ESP, dejando a la jurisdicción administrativa sólo el control de los contratos de servicios públicos (Ley 142, arts. 128 y ss.) y de aquellos que contengan cláusulas exorbitantes (artículo 31); y de los actos expedidos con fundamentos en aquellos contratos y que de alguna forma afectan la prestación del servicio público o la ejecución del contrato, tales como la negativa a su celebración, corte y facturación, que son típicos actos administrativos susceptibles no sólo de agotamiento de vía gubernativa (con reposición ante el autor del acto y apelación ante la Superintendencia Nacional de Servicios Domiciliarios (sic), sino también de control ante la jurisdicción administrativa. Adscribiendo a la jurisdicción ordinaria (más accesible al público en general como que en cada localidad existe un juez ordinario), el resto de los asuntos”.

La anterior providencia fue controvertida posteriormente por una de las secciones del Consejo de Estado, para cobijar por la jurisdicción contencioso administrativa otros contratos, además de los que contienen cláusulas exorbitantes y los de prestación de servicios públicos (Ley 142 de 1994, artículos 31 y 128), bajo el concepto de “*contratos vinculados directamente con la prestación del servicio*”, como lo sostenía el Doctor Suárez Hernández en su salvamento de voto y de acuerdo con el cambio de redacción en el ordenamiento positivo. En efecto, el Consejo de Estado afirma:

“Tal jurisprudencia [la de la Sala Plena], sin embargo, 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 (artículo 128), ni ser el de concesión de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1), tienen una finalidad que está vinculada directamente a la prestación del servicio, tal como lo estableció la Ley 446 de 1998 (arts. 40, num. 5 y 42), que modifica el artículo 132 y adiciona el 134B del Código Contencioso Administrativo”⁵⁹.

Contrario a lo que estaba sosteniendo la jurisprudencia, la Ley 689 de 2001 fue tajante al reafirmar el carácter privado de los contratos de las empresas de servicios públicos y determinó que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan estos servicios no estarían sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A pesar de lo anterior, el Consejo de Estado reafirmó el alcance de su competencia, aclarando que no es el carácter estatal del contrato el que le otorga competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, sino la entidad que lo celebra, de manera que aún los contratos de Derecho privado que celebran estas empresas están sujetos al control de esa jurisdicción. En efecto, al revisar la competencia del Consejo de Estado para conocer de los recursos de anulación contra los laudos arbitrales, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección 3ª. Auto del 8 de febrero del 2001. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 16661. Revista *Jurisprudencia y Doctrina* No. 352.

“En este caso, dada la condición de empresa de servicios públicos oficial de Telecom, cabe señalar que la sala ha definido la competencia de esta jurisdicción para conocer de las controversias que se derivan de los contratos que celebren las empresas de su género, sin importar que se rijan por el Derecho privado, como quiera que no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato y en tanto ‘solamente por vía de excepción la justicia administrativa puede ser relevada del conocimiento de controversias originadas en actuaciones de las entidades públicas, que por disposición legal estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, como por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral’ (...) De este modo, 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’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del Derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”⁶⁰.

Si bien parece confusa la posición del Consejo de Estado respecto de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al revisarse el tema respecto de los contratos celebrados por las universidades públicas, el Alto Tribunal concluyó que la remisión que hace la Ley 32 de 1992 al régimen privado no incluye al juez del contrato, de manera que estos contratos especiales debían ser revisados por la jurisdicción contencioso administrativa con base en lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, sin importar que carezcan de cláusulas exorbitantes y aún cuando la misma Ley 32 no lo hubiera previsto, incluso, sin mirar su vinculación con el servicio público respectivo, bastando para ello el carácter público de la entidad contratante. En esta oportunidad, el Consejo de Estado afirmó:

“Razonar así sería caer en un entimema en donde en forma mecánica se relacionaría aplicación de normatividad privada a justicia ordinaria, y aplicación de normatividad pública a justicia administrativa; esta apreciación ya superada,

⁶⁰ Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 6 de junio de 2002. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 20634. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección 3ª. Auto del 7 de octubre de 2004. Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

*tuvo lugar en el pasado cuando apenas se deslindaban los límites entre esas dos jurisdicciones. Hoy es claro que la remisión que hacen las normas públicas contractuales a preceptos del Derecho privado no tienen por este solo hecho la capacidad para alterar la naturaleza pública de los negocios que celebren las entidades estatales, sino que es una respuesta a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo (...)*⁶¹.

En conclusión, la tesis del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, que también fuera de la Sala Plena, ha sido modificada por la Ley 446 de 1998, llevando al Consejo de Estado a adoptar principalmente el criterio orgánico para determinar cuándo un contrato se somete a su jurisdicción. También podemos afirmar que los anteriores contratos de Derecho privado de la Administración han vuelto al ordenamiento jurídico, en especial para los servicios públicos liberalizados, incluso, de una manera más confusa, de modo que actualmente la jurisdicción contencioso administrativa resuelve los conflictos relacionados con las siguientes categorías de contratos⁶²:

- a. Los contratos sometidos a la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, a la jurisdicción contencioso administrativa, con o sin cláusulas exorbitantes, incluyendo los contratos que celebran los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal que no corresponden al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social.
- b. Los contratos estatales especiales celebrados por entidades públicas como universidades públicas o empresas de servicios públicos domiciliarios, que pueden contener o no cláusulas exorbitantes y de los que conoce la jurisdicción contencioso

⁶¹ Consejo de Estado. Sección 3ª. Auto del 20 de agosto de 1998. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Revista *Jurisprudencia y Doctrina* No. 322.

⁶² Es importante aclarar que compartimos la idea de unificar en la justicia contencioso administrativa el conocimiento de todas las controversias en las que sea parte el Estado, aunque es improrrogable una solución a la congestión que tiene esta jurisdicción más si, como queda visto, se están trasladando asuntos que antaño no le correspondían. Sin embargo, en contra de las opiniones de connotados autores nacionales y extranjeros, nos parece que la pretensión de unificar los contratos del Estado en una sola categoría es contra natural pues mientras el Estado asuma la prestación de los denominados servicios públicos impropios, aún de algunos servicios de asistencia social, es necesario reconocer esta categoría que se rige por criterios que, conforme a las circunstancias de cada país, tienden a separarse en mayor o menor grado de los contratos administrativos.

administrativa. Los primeros se encuentran sometidos a la Ley 80 de 1993, mientras que los segundos se rigen por el Derecho privado.

- c. Otros contratos especiales que son celebrados por empresas de servicios públicos privadas, sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa porque incluyen cláusulas exorbitantes y, por lo tanto, se rigen por la Ley 80 de 1993⁶³.
- d. El contrato mixto de condiciones uniformes o para el suministro de servicios públicos domiciliarios, que regulan la relación jurídica empresa-usuario, los cuales no contienen cláusulas exorbitantes, ni se rigen por la Ley 80 de 1993 y de los que conoce la jurisdicción contencioso administrativa, excepto en los procesos ejecutivos que se derivan de éstos, que se tramitan ante la jurisdicción ordinaria⁶⁴.

⁶³ Aún cuando se ha admitido que los particulares pueden expedir actos administrativos cuando ejercen funciones públicas, solo de manera muy excepcional la jurisprudencia francesa ha admitido que algunos contratos celebrados por particulares puedan someterse a la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, que sean considerados “contratos administrativos” y contener cláusulas exorbitantes. Esta alternativa ha sido acogida con mucha discreción en contratos de obra por administración delegada o en concesiones, siempre que sean necesarios para la gestión del servicio público encomendando y se justifica en una especie de mandato, pero nunca en actividades que se encuentren bajo la libre iniciativa privada. Realmente es novedoso que existan contratos de derecho público o contratos administrativos celebrados por particulares, como lo viene consagrando nuestro legislador. Al respecto, pueden consultarse: C.E. 13-mayo-1938, Caja Primaria “Ayuda y Protección”, Rec. 417; T. C. 8 – julio -1963, Sociedad Empresa Pierrot, Rec. 787, en LONG, Marceau y otros. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ed. Librería del Profesional.

⁶⁴ Sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios públicos, la Corte Constitucional ha precisado su naturaleza señalando que la misma es simultáneamente estatutaria y contractual, “debido a que su prestación involucra derechos constitucionales (...) y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado”. Corte Constitucional. Sentencia T-540 del 24 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente: Corte Constitucional. Sentencia C-263 del 13 de junio de 1996. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell; Corte Constitucional. Sentencia C-493 del 2 de octubre de 1997. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, entre otras.

F. LAS LICENCIAS

El estatuto de contratación también se aplica a otra especie de actos jurídicos como son las licencias. Aún cuando esta figura no es un contrato y tiene algunas particularidades que limitan la aplicación del estatuto de contratación, en varios y fundamentales aspectos también participa de su regulación, en especial, cuando la misma tiene por objeto la concesión de bienes o servicios públicos, como es el caso de los servicios de telecomunicaciones previstos en los artículos 32 y siguientes del citado estatuto, por lo que deberá asimilarse a éste en lo que no pugne con la naturaleza de ese acto⁶⁵.

Las licencias corresponden a los títulos habilitantes de los servicios públicos liberalizados o en competencia, que simplemente tienen como finalidad reconocer el derecho previo del operador a prestarlos bajo unas condiciones previstas en un reglamento general. En estos casos, los poderes de la Administración se orientan a la ordenación de las actividades o regulación, y al control de la gestión del servicio, por ejemplo, mediante la fijación de indicadores sobre calidad o cobertura, respaldados en un poder sancionador de policía administrativa.

Por lo tanto, la intensificación de los poderes de ordenación no puede afectar la competencia en el mercado, las entidades estatales no pueden dar órdenes relativas a la organización y explotación del servicio, ni son de recibo las cláusulas exorbitantes de caducidad, interpretación y modificación unilateral, sino que la Administración generalmente impone multas o, en los casos de mayor gravedad, cancela la licencia⁶⁶.

⁶⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*, Tomos I y II, Ed. Civitas, pp. 309 a 316 y 212 a 226, respectivamente.

⁶⁶ Sobre las diferencias entre el contrato de concesión y la licencia, explica MUÑOZ MACHADO: "Debe tenerse en cuenta que la concesión se articula mediante un contrato en el que se conjugan derechos y obligaciones recíprocos que vinculan de modo estrecho a la administración concedente y al gestor. Teniendo en cuenta esta circunstancia técnica, uno de los principios que inmediatamente padece como consecuencia de esta relación estrecha entre concedente y concesionario es el principio de separación entre el regulador y el gestor de los servicios de telecomunicaciones, principio tan insistente y enfáticamente reclamado por la normativa comunitaria. El concedente tiene evidente interés en la gestión del servicio, instruye por ello al concesionario, adopta las condiciones de la concesión, las puede transformar, e incluso, en los términos que admite la legislación y la jurisprudencia española, asume con el concesionario las responsabilidades por las lesiones que puedan causarse a terceros". *Ibíd.*, Tomo II, p. 214.

Además, en el régimen de concesión es común que la Administración responda solidariamente con el concesionario por ser la titular del servicio y está obligada a respetar el equilibrio económico del contrato, entre otras, manteniendo las condiciones de exclusividad cuando se hayan pactado; situación que no se presenta en los servicios liberalizados, porque son actividades que se encuentran en competencia se rigen por el principio de la libertad de empresa y, por lo tanto, la entrada y salida del servicio es libre para el operador, siempre que se verifiquen ciertas condiciones, sin que haya lugar a incumplimientos contractuales por este motivo.

Debe tenerse en cuenta que tampoco se rigen por las reglas del acto administrativo común, en la medida que por su objeto puede contener obligaciones tanto para el Estado como para el titular, aún cuando las mismas no estén expresamente consignadas en el acto pero que se derivarían, por ejemplo, del reglamento de un servicio público o de las leyes generales. Además, las licencias pueden incluir cláusulas usuales de los contratos, incluso las denominadas cláusulas exorbitantes, aún cuando una depuración de esta técnica administrativa puede llevar a que estas estipulaciones se consideren impropias, dependiendo de los niveles de liberalización que se alcancen en los sectores donde se utilizan, como las telecomunicaciones o el transporte. En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha precisado que este tipo de actos no puede ser objeto de revocación unilateral⁶⁷.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sección 1ª. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. 6898. Revista *Jurisprudencia y Doctrina* No. 359.

El objetivo de esta obra es el conocimiento de la figura del contrato administrativo, antes que del estatuto contractual, sin perjuicio de explicar la normatividad vigente y la jurisprudencia que se ha proferido. Para el efecto, se sigue la metodología utilizada en las obras generales sobre los actos y negocios jurídicos, estructurada sobre los elementos fundamentales del contrato como acuerdo de voluntades, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, sin caer en el error de identificar la forma de gestión del sector público con la del sector privado, ignorando los principios fundamentales de la actividad estatal.

Por lo tanto, en estas páginas se explican las razones por las que el contrato administrativo es diferente al contrato privado, aún cuando contengan las mismas cláusulas, y se explican los criterios que deben seguirse para su interpretación, rechazando el simplismo con que las leyes remiten al derecho privado -como si éste nunca hubiera sido una de sus fuentes-, con la equivocada idea de que, en la medida que la actividad administrativa se asimile a la de un particular, puede controlarse más fácilmente.



www.utadeo.edu.co

