

**COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS QUE SE  
SUSCITAN EN LOS CONTRATOS SOMETIDOS AL REGIMEN  
CONTRACTUAL ESPECIAL**

**FRANCO ANTONIO SOLARTE JIMENEZ**

**POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
SAN JUAN DE PASTO  
2006**

**COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS QUE SE  
SUSCITAN EN LOS CONTRATOS SOMETIDOS AL REGIMEN  
CONTRACTUAL ESPECIAL**

**FRANCO ANTONIO SOLARTE JIMENEZ**

**Trabajo presentado con el fin de obtener el título de Especialista  
en Derecho Administrativo**

**Asesor de tesis**

**DR. JOSE ANTONIO ALAVA VITTERI**

**POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
SAN JUAN DE PASTO  
2006**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de responsabilidad exclusiva de su autor”.

Artículo 1º del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1996.

Emanado del Honorable Consejo Directivo de la  
Universidad de Nariño.

Nota de Aceptación

APROBADO

JOSE ANTONIO ALAVA VITERI

Asesor

JULIO ARMANDO RODRIGUEZ VALLEJO

Jurado

ALVARO ARTEAGA RAMIREZ

Jurado

San Juan de Pasto, Noviembre de 2006

Quiero dedicar este trabajo:

A Dios por ser mi aliento en los momentos difíciles.

A mis padres y hermana por su acostumbrado apoyo y cariño ilimitado

A aquella persona, que si bien ya no está, dejó en mi los más lindos e imborrables recuerdos de amor.

**FRANCO ANTONIO SOLARTE JIMENEZ**

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	12
1. TITULO	14
2. DELIMITACION DEL TEMA	14
3. PROBLEMA	14
4. OBJETIVOS	15
4.1. OBJETIVO GENERAL	15
4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	15
5. JUSTIFICACION	15
6. MARCOS DE REFERENCIA	16
6.1. MARCOS DE ANTECEDENTES	16
6.2. MARCO LEGAL	17
6.3. MARCO TEORICO	18
7. HIPOTESIS	19
8. DISEÑO METODOLOGICO	19
9. CONTENIDO	23
9.1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.	23
9.1.1. El Contrato Administrativo en Colombia.	28
9.1.2. Criterios jurisprudenciales sobre aspectos diferenciadores del contrato administrativo.	31
9.1.2.1. Criterio subjetivo.	31
9.1.2.2. Criterio de servicio público.	31
9.1.2.3. Criterio legal de derecho público.	32
9.1.2.4. Criterio de cláusulas excepcionales.	32
9.1.2.5. Criterio de los procedimientos de selección del contratista.	33
9.1.3. Surgimiento de los estatutos contractuales.	34
9.1.3.1. Primer estatuto contractual.	34
9.1.3.2. Segundo estatuto contractual.	35
9.1.3.3. Tercer estatuto contractual.	38
9.2. GENERALIDADES DEL CONTRATO ESTATAL	42
9.3. REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN – CONTRATOS ESTATALES ESPECIALES	48
9.3.1. Régimen contractual de las universidades estatales.	48
9.3.1.1. Naturaleza jurídica.	48
9.3.1.2. Características de las universidades estatales u oficiales.	49

9.3.1.3. Divergencias en cuanto a la jurisdicción competente en este tipo de contratos.	50
9.3.1.4. Resumen jurisprudencial.	52
9.3.2. Régimen contractual de las empresas sociales del Estado.	53
9.3.2.1. Naturaleza jurídica.	53
9.3.2.2. Divergencias en cuanto a la jurisdicción competente en este tipo de contratos.	54
9.3.2.3. Razones expuestas por el Consejo de Estado.	54
9.3.2.4. Resumen jurisprudencial.	55
9.3.3. Régimen contractual de las empresas de servicios públicos.	56
9.3.2.1. Naturaleza jurídica.	56
9.3.2.2. Divergencias en cuanto a la jurisdicción competente en este tipo de contratos.	57
9.3.2.3. Razones expuestas por el Consejo de Estado.	57
9.3.2.4. Resumen jurisprudencial.	59
9.4. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS DERIVADOS DE CONTRATOS ESTATALES CON RÉGIMEN ESPECIAL.	65
9.4.1. Generalidades.	65
9.4.2. Competencia para conocer de los procesos ejecutivos derivados de contratos estatales que se rigen por ley 80 de 1993.	66
9.4.3. Competencia para conocer de los procesos ejecutivos derivados de contratos estatales con régimen especial.	67
9.4.3.1. Empresas de Servicios Públicos	67
9.4.3.2. Universidades estatales u oficiales.	70
9.4.3.3. Empresas sociales del Estado.	71
10. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	72
BIBLIOGRAFÍA	77

## **RESUMEN**

El presente trabajo se divide en 4 partes: reseña histórica del contrato estatal en Colombia, generalidades del contrato estatal, regímenes de contratación especial, y procesos ejecutivos derivados de contratos especiales.

Del primer temario, se resume la evolución del contrato estatal y sus diferencias con los contratos privados de la administración, la inclusión de cláusulas excepcionales y la fijación de criterios jurisprudenciales para diferenciar los contratos públicos de los contratos privados.

Del segundo tema, se definen las disposiciones que doctrinaria y jurisprudencialmente se establecieron antes y después de la Ley 80 de 1993, respecto a la clasificación de los contratos estatales y la dificultad para establecer el juez competente para conocer de los conflictos que se presentan en los contratos con régimen especial.

Del tercer y cuarto tema, se hace un análisis de los criterios jurisprudenciales para definir el juez competente para conocer de las controversias contractuales y procesos ejecutivos en los contratos suscritos por las universidades estatales, E.S.E. y E.S.P.D., para concluir que, el criterio predominante en la actualidad es el que establece que la jurisdicción que debe asumir dichos asuntos es la especializada, en razón de la naturaleza pública de dichas entidades.

Como opinión personal se señala que es necesario acabar con la dualidad de jurisdicciones, otorgarle competencia a una de ellas, para disminuir la inseguridad jurídica que sobre el tema existe.



## **ABSTRACT**

The present work is divided in 4 parts: It points out historical of the state contract in Colombia, Generalities of the state contract, norms of special recruiting, and derived executive processes of special contracts.

Of the first theme, it is summarized the evolution of the state contract and their differences with the private contracts of the administration, the inclusion of exceptional clauses and the fixation of approaches of the jurisprudence to differentiate the public contracts of the private contracts.

Of the second theme, they are defined the dispositions the doctrine and the jurisprudence settled down before and after the Law 80 of 1993, regarding the classification of the state contracts and the difficulty to establish the competent judge to know of the conflicts that are presented in the contracts with special norms.

Of the third and fourth topic, an analysis of the approaches of the jurisprudence is made to define the competent judge to know of the contractual controversies and executive processes in the contracts subscribed by the state universities, E.S.E. and E.S.P.D., to conclude that, the predominant approach at the present time is the one that establishes that the jurisdiction that should assume this matters is the specialized one, in reason of the public nature of this entities.

As personal opinion it is pointed out that it is necessary to put an end to the duality of jurisdictions, to grant competition to one of them, the artificial insecurity that it has more than enough the topic to diminish exists.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca delimitar los criterios básicos que han de tenerse en cuenta al momento del ejercicio de una determinada Acción Procesal, ofrecer unos lineamientos elementales que permitan conocer a ciencia cierta cuál es la Jurisdicción que debe conocer las controversias contractuales originadas en los contratos que suscriben las entidades estatales sometidas a régimen de contratación especial y por último brindar una herramienta a los abogados que les permita reducir las posibilidades de error en la presentación de una demanda contractual.

Si bien es cierto existen algunas normas legales que tocan el tema, éstas son algo confusas y plagadas de vacíos que impiden al interprete formarse un juicio certero sobre la correcta aplicación de las mismas; dicha situación ha obligado a nuestras altas cortes a pronunciarse sobre el tema en no pocas ocasiones, fallos que por proferirse para casos concretos, se han tornado algo profusos y en ocasiones contradictorios.

Como se pondrá en evidencia a lo largo de éste trabajo de investigación, las pautas para la escogencia de la acción procesal, lejos de encontrarlas en los preceptos normativos, se las ubicará en los desarrollos jurisprudenciales que al respecto han proferido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, decisiones que como se dijo *supra* han tratado de llenar las lagunas dejadas por las leyes.

No podemos hacer a un lado los criterios doctrinales, los cuales con sus importantes aportes en temas relacionados con la función pública, servicio público, ámbito público y privado contribuyen en la resolución del problema que en ésta investigación se avizora. Puntos de vista en temas tan trascendentales como los son contratación en salud, educación y servicios de saneamiento básico.

La falta de regulación clara ha obligado a los jueces a fijar sus propias consideraciones; no es que estemos frente a juzgadores que crean derecho sin cortapisa alguna, sino más bien ante un fuerte y periódico ejercicio interpretativo, surgido por la imperiosa necesidad de llenar vacíos legislativos, para poder cumplir con el imperativo de resolver con justicia cada caso particular.

Se tratará entonces de esclarecer en la medida que sea posible el dilema que nos aqueja, otorgando parámetros precisos basados en el marco constitucional y en los avances jurisprudenciales sobre la función estatal.

## **1. TITULO**

**COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS QUE SE SUSCITAN EN LOS CONTRATOS SOMETIDOS AL REGIMEN CONTRACTUAL ESPECIAL.**

## **2. DELIMITACION DEL TEMA**

El tema a tratar se enmarca conforme a los parámetros establecidos por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en lo que atañe al juez competente para conocer y dirimir las controversias contractuales surgidas en los contratos que suscriben las entidades estatales sometidas a un régimen especial de contratación.

La investigación estará dirigida a recolectar, sistematizar y analizar la Jurisprudencia existente en materia de resolución de litigios originados en los contratos estatales celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, universidades públicas y empresas sociales del Estado.

Una vez delimitados los parámetros establecidos por la Jurisprudencia se buscará establecer en cada una de las controversias contractuales que con más frecuencia se presentan en los contratos con régimen especial, el juez competente para dirimir las.

## **3. PROBLEMA**

¿Cuál es el juez competente para dirimir las controversias contractuales que se suscitan en los contratos que suscriben las empresas de servicios públicos, universidades públicas y empresas sociales del Estado?

## **4. OBJETIVOS**

### **4.1. OBJETIVO GENERAL**

Extraer los lineamientos básicos de los desarrollos jurisprudenciales que sobre el tema han producido nuestras altas cortes, con el fin de determinar en cada caso concreto la jurisdicción que le corresponde conocer las controversias contractuales originadas en los contratos estatales suscritos por las empresas de servicios públicos, empresas sociales de Estado y universidades públicas.

### **4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Detallar la evolución jurisprudencial sobre la determinación de competencias para conocer las controversias que se suscitan en los contratos sometidos al régimen de contratación especial.
- Identificar cual es el Juez de conocimiento para dirimir dichas controversias contractuales
- Señalar que tipo de consecuencias genera el hecho de que la controversia sea conocida y resuelta por una u otra jurisdicción.

## **5. JUSTIFICACIÓN**

El desarrollo de éste trabajo investigativo contribuye a la aproximación de lineamientos claros para definir con certeza cuál ha de ser el juez competente para dirimir los posibles conflictos surgidos en los contratos sometidos al régimen contractual especial; la ausencia de criterios claros al respecto ha puesto en una encrucijada a quienes enfrentan controversias contractuales, pues por un lado deben elegir ante cual de las jurisdicciones impetrará la acción y por otro, someterse a la incertidumbre de un posible vencimiento de términos (caducidad de la acción) al no tener certeza de si acertó o no con la jurisdicción adecuada, con las graves consecuencias que

ello acarrea, no solamente para los contratistas, sino también para la Nación.

No se puede permitir en un Estado Social de Derecho la existencia de vacíos legislativos, pues ellos propician directa o indirectamente limitaciones al acceso a la justicia y decisiones no ajustadas a la verdad; es cierto que las altas cortes han tratado de llenar con sus fallos los vacíos que conllevan las normas legales, sin embargo en no pocas ocasiones, aquellas decisiones no guardan uniformidad de criterios, y varían constantemente de acuerdo al real saber y entender del magistrado que proyecta la providencia.

Lo expresado pone de manifiesto la existencia de factores generadores de inseguridad jurídica que afectan igualmente lo relacionado con contratación estatal, obstaculizando el desarrollo adecuado de los contratos y la prestación efectiva de los servicios.

Por otra parte y ante la existencia de regímenes especiales en materia contractual por fuera del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), es indispensable que todos quienes participen en la celebración de ésta clase de contratos y los abogados en general, tengan plena seguridad respecto a los criterios a tener en cuenta tanto en los requisitos normativos para la suscripción y desarrollo de dichos contratos como en los parámetros fundamentales para la escogencia adecuada de la acción, en los eventos en que deban avocar una eventual controversia contractual.

La claridad acerca del juez competente para conocer de las controversias contractuales, no solamente facilitaría la adecuada contratación estatal sino que haría mucho más efectivo uno de los fines básicos del Estado, cual es la prestación de los servicios básicos y esenciales.

## **6. MARCO DE REFERENCIA**

### **6.1. MARCO DE ANTECEDENTES**

De las averiguaciones realizadas vía Internet, y consulta de monografías en la ciudad de Pasto, no se encontró documento escrito que se asemeje al desarrollo investigativo que se ha realizado, ni tampoco existe una recopilación importante de los fallos proferidos

por nuestras altas cortes en lo que tiene que ver con los pronunciamientos jurisprudenciales sobre controversias contractuales en contratos con régimen especial.

## **6.2. MARCO LEGAL**

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han proferido numerosos pronunciamientos que buscan ofrecer claridad sobre el tema; se critica en dichos fallos la interpretación mecánica que los jueces de la República han hecho sobre el tema, cuando relacionan automáticamente normatividad privada con jurisdicción ordinaria, bajo el criterio de que las leyes especiales de salud, educación y servicios públicos consagran que los contratos que suscriben las empresas sociales del Estado, las universidades públicas y las empresas de servicios públicos se deben regir por normatividad privada, conclusión que no siempre es acertada, puesto que esa sola circunstancia no otorga competencia al juez ordinario para conocer de los litigios que surjan en aquellos.

El Art. 32 de ley 142 de 1994, establece que los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, así como los requeridos para la administración y el ejercicio del derecho de todas las personas que sean socias de ellas, se regirán EXCLUSIVAMENTE, por las reglas del derecho privado, salvo que la Constitución o la ley dispongan lo contrario. Sin embargo, independientemente de la condición estatal o privada que tengan esas empresas, también cumplen funciones administrativas, como por ejemplo, resuelven peticiones, quejas o reclamos o deciden recursos de reposición. Como lo precisó la Corte Constitucional, los actos que se dictan en ejercicio de tales funciones constituyen actos administrativos; se privilegia entonces la aplicación del derecho administrativo en el manejo y resolución de determinados asuntos (conocimiento y decisión de peticiones, quejas, reclamos y recursos presentados por los suscriptores o usuarios).

Así mismo, la ley 100 de 1993 en su Art. 95 numeral 6 establece que: *“... en materia contractual se regirán por el derecho privado pero con la facultad de incluir en los mismos discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto general de contratación de la Administración Pública, caso en el cual sus controversias deberán dirimirse ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo”*. Caso igual ocurre con la ley 30 de 1992 en su artículo 93 cuando establece que *“ salvo las excepciones consagradas en la misma ley.... los contratos para el cumplimiento de sus funciones que celebren las*

*Universidades se regirán por las normas del DERECHO PRIVADO y sus efectos estarán, sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos, “ exceptuando de esta regla general los contratos de empréstito, los cuales según el párrafo de este artículo “.... se someterán a las reglas previstas para ellos por el decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen complementen o sustituyan”.*

Las leyes 100 de 1993 y 142 1994 hacen alusión a la prestación de servicios públicos como los de salud y los servicios públicos domiciliarios, actividades éstas que pueden desarrollarse tanto por particulares como por parte del Estado.

Para el caso del servicio público de salud, la ley ha exigido la constitución de empresas sociales del estado E.S.E, que son una categoría especial de entidad pública descentralizada ( con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa).

De la misma manera, para los servicios públicos domiciliarios, la legislación creó las empresas de servicios públicos domiciliarios que pueden ser de carácter oficial, privado o mixto.

Por otra parte, la Constitución Política y la Ley 30 de 1992, hacen referencia a los ENTES UNIVERSITARIOS AUTONOMOS, cuya función es la educación y formación, actividades éstas que las pueden prestar también los particulares con la vigilancia del Estado. Las universidades estatales u oficiales, a pesar de que cumplen función administrativa, se les establece un régimen especial de contratación, para lo cual se rigen por las disposiciones civiles y comerciales.

### **6.3. MARCO TEORICO**

Para el desarrollo del presente trabajo, se tratarán los siguientes temas:

- Reseña Histórica
- Generalidades del Contrato Estatal.
- Regímenes especiales de contratación.
- Normas de Contratación de las Empresas Sociales del Estado.



- Normas de Contratación de las Empresas de Servicios Públicos
- Normas de Contratación de las Universidades Públicas
- Procesos ejecutivos derivados de contratos con régimen especial.
- Función Pública
- Servicio Público
- Resumen jurisprudencial

## **7. HIPÓTESIS**

La incertidumbre a que se enfrentan tanto los funcionarios públicos, como los contratistas al momento de definir que juez es el competente para dirimir las controversias surgidas en los contratos sometidos a régimen especial de contratación, genera inseguridad jurídica y obstaculiza el acceso pronto y efectivo a la justicia que habrá de dirimir dichas controversias, negando incluso este acceso por vencimiento de términos ante la escogencia errada de la acción.

## **8. DISEÑO METODOLÓGICO**

Atendiendo la clase de investigación que se adelantó y en razón de que el objetivo de la misma es extraer lineamientos generales de la jurisprudencia de las altas cortes, que permitan adquirir cierta certeza a la hora de optar, bien por la vía contencioso administrativa o por la vía ordinaria, para la resolución de controversias originadas en los contratos sometidos a régimen contractual especial, el método utilizado fue el descriptivo en su modalidad expositiva, puesto que el trabajo se centra en la caracterización del objeto de investigación, esto es de los lineamientos para determinar la competencia para conocer de las controversias contractuales dentro de los contratos con régimen especial, indicando cuál ha sido la evolución jurisprudencial, cuál es el juez que debe conocer cada uno de dichos litigios y cuáles serían las consecuencias jurídicas de que aquellas sean de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria o de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así mismo, la presente investigación es sustancialmente jurídica, puesto que su desarrollo está basado particularmente en los lineamientos normativos existentes, y en especial de los desarrollos jurisprudenciales que sobre el tema han llevado a cabo las altas cortes de nuestro país, para que tomando como soporte los acontecimientos pasados, se obtenga los parámetros necesarios que permitan en el futuro tener cierta certeza respecto al juez competente para conocer estas controversias contractuales.

Respecto al primero de los objetivos específicos trazados a saber: "Detallar la evolución jurisprudencial sobre la determinación de competencias para conocer las controversias que se suscitan en los contratos sometidos al régimen de contratación especial", se hace una relación detallada de las principales decisiones judiciales que sobre el tema han proferido no solo las altas cortes, sino también los mismos tribunales administrativos y superiores del país.

Las variables que se presentan son:

- Decisiones judiciales relacionadas con las controversias contractuales dentro de los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos.
- Decisiones judiciales relacionadas con las controversias contractuales dentro de los contratos suscritos por las E.S.E.
- Decisiones judiciales relacionadas con las controversias contractuales dentro de los contratos suscritos por las universidades públicas.

Las preguntas orientadoras se formulan así:

¿Cuál ha sido la evolución jurisprudencial respecto a la competencia para conocer de las controversias contractuales que se presentan en los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos, cuál en los contratos celebrados por universidades públicas y cuáles en los contratos suscritos por las E.S.E.?

En relación con el segundo objetivo: "Identificar cuál es el juez de conocimiento para dirimir dichas controversias contractuales", se fijan los parámetros necesarios que permiten obtener como resultado la correcta elección del juez competente que ha de dirimir determinada controversia, con el fin de que ésta sea solucionada correctamente y

en el menor tiempo posible, sin tener que verse afectado por dilaciones injustificadas.

Las variables que se presenta son:

- Controversias contractuales de competencia del juez ordinario.

-Controversias contractuales de competencia del juez contencioso

Las preguntas orientadoras por su parte se formulan así:

¿Qué tipo de controversias contractuales conocen los jueces ordinarios?

¿Qué tipo de controversias conocen los Tribunales Contenciosos Administrativos y hoy también los jueces administrativos?

Finalmente, con el tercer objetivo: “Señalar que tipo de consecuencias genera el hecho de que la controversia sea conocida y resuelta por una u otra jurisdicción”, se logra de cierto modo dilucidar que tan favorable o desfavorable es para los contratistas someter este tipo de controversias al conocimiento del juez ordinario o que tanto lo es someterlas al conocimiento del juez administrativo.

Las variables que se presentan son.

- La misma controversia contractual sometida al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y al de la jurisdicción contencioso administrativa, con fallos en igual sentido.

- La misma controversia contractual sometida al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y al de la jurisdicción contencioso administrativa, con fallos contrarios, generando inseguridad jurídica, provocando vencimiento de términos y afectando gravemente al interesado.

Las preguntas orientadoras son las siguientes:

¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas de que una controversia contractual sea sometida a un juez que no tenga competencia para dirimir las?

Las fuentes consultadas son los fallos jurisprudenciales que al respecto han proferido el Consejo de Estado y la Corte

Constitucional, además de las decisiones que sobre el tema han suscrito los Tribunales Contencioso Administrativo del país.

Las técnicas que se emplean en la presente investigación se resumen en la revisión documental, mediante la utilización de procedimientos puramente cualitativos que permiten extraer los elementos básicos de las decisiones judiciales que sirven de soporte para dar respuesta al problema que se ha planteado en la presente investigación.

Las jurisprudencias proferidas por las altas cortes, sirven para orientar la interpretación normativa que se hagan de los postulados legislativos de contratación especial; es por ello que los resultados obtenidos son producto de una acción interpretativa, fruto del ejercicio hermenéutico desarrollado por la jurisprudencia colombiana.

Por tratarse de un tema sobre el cual no hay claridad, los resultados son controvertibles, y dan lugar a la existencia de posiciones que muestren cierto grado de desacuerdo respecto a las conclusiones esbozadas; por otro lado, al tratarse de una investigación puramente cognitiva requirió de una comprensión de la teoría contractual, y en especial del régimen especial de contratación de las empresas de servicios públicos, de las universidades públicas y de las E.S.E.

## 9. CONTENIDO

### 9.1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

En vista de la facilidad que puede brindar el conocimiento, al menos somero, de la génesis de las cosas, para entender el por qué de su comportamiento actual, estimo necesario, antes de iniciar de lleno con el tema central del presente trabajo, hacer una reseña histórica sobre la evolución de la contratación pública en Colombia y el avance progresivo respecto a la determinación de la jurisdicción competente para conocer las controversias contractuales que se suscitan.

Para tales efectos me basaré en el escrito corto y a la vez ilustrativo que sobre la historia de la contratación estatal ha elaborado el doctrinante Carlos Eduardo Naranjo Flórez, en el libro “Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”.

En un principio, la contratación estatal no se diferenciaba jurídicamente de los contratos celebrados entre particulares. Con el devenir del tiempo (1892- década de los 40's), aquellas divergencias comienzan a surgir tímidamente con la inclusión, en los contratos públicos, de las denominadas, en ese entonces, cláusulas exorbitantes.

Las primeras manifestaciones positivas de ese poder extraordinario del Estado se encuentran durante el régimen federal (1850), cuando se opta por incorporar en todos los contratos celebrados por el Estado, y sólo para su favor, la cláusula penal pecuniaria, que consistía en la estipulación de una multa, en dinero, cuando el contratista incumplía con sus obligaciones contractuales. Una vez Impuesta la sanción, aquella determinación debía ser objeto de revisión por parte de la justicia ordinaria<sup>1</sup>; trámite que en nada se diferenciaba del establecido para los contratos particulares, sólo que

<sup>1</sup> El artículo 69 de la Ley 130 de 1913, otorgó al Consejo de Estado la facultad para conocer de los actos administrativos, pero no para decidir respecto a las controversias surgidas en la actividad contractual. NARANJO FLOREZ, Carlos Eduardo. En Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Edit. Legis. Bogotá 2006, Pág.2

como se dijo, dicha cláusula, en los contratos públicos se establecía exclusivamente a favor del Estado.

Con el regreso al Estado Centralista, se presenta un aspecto relevante, en lo que respecta a los contratos del Estado; se trata del hecho de atribuirle por primera vez funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado para resolver los asuntos contencioso administrativos, diferentes a las consultivas y de apoyo jurídico al ejecutivo; sin embargo, tan sólo con la Ley 130 de 1913<sup>2</sup>, (primer Código de Justicia Contenciosa Administrativa), y con la Ley 60 del 5 de noviembre de 1914, se pone en funcionamiento la justicia contenciosa administrativa, situación que para los contratos estatales en nada varió, puesto que dichas normas no le otorgaron al Consejo de Estado competencia para conocer las controversias contractuales de la administración pública.

La primera manifestación evidente de un criterio diferenciador, en lo que tiene que ver con los poderes excepcionales, se da en los contratos de construcción y operación (concesión) de las vías férreas del país. En efecto, con la expedición de la Ley 104 de 1892 se consagra un régimen especial de intervención, en forma anticipada a la cláusula de caducidad. Se estipula la venta forzada<sup>3</sup> al finalizar la concesión, prórrogas automáticas obligatorias en caso de no presentarse la solicitud de compra por parte del Gobierno y la reversión propiamente dicha, sin indemnización, al finalizar la prórroga que fuere cuando menos equivalente a su período inicial. Así las cosas, el régimen de exorbitancia en Colombia no comienza propiamente con la cláusula penal pecuniaria ni por el ejercicio de la caducidad, sino por la inclusión de las cláusulas de prórrogas, ventas o reversiones forzadas sin indemnización, aplicables a los contratos de concesión de vías férreas<sup>4</sup>.

Surge también la cláusula exorbitante de constitución de garantía en los contratos de concesión de las vías férreas; se exigió entonces la constitución de fianzas a los concesionarios tanto para el período de perfeccionamiento, como para el de su ejecución.

---

<sup>2</sup> El Acto Legislativo No. 3, en su artículo 42 dijo: "La ley establecerá y organizará la jurisdicción contencioso administrativa". NARANJO. Ob. cit. Pág.2

<sup>3</sup> Concesión hasta de 50 años, y a su finalización, el concesionario debía vender al precio del avalúo pericial. CARREÑO, Pedro H. Apuntes sobre derecho administrativo. Edit. Cromos. Bogotá, 1934, pág. 195

<sup>4</sup> CARREÑO, Pedro H. Apuntes sobre Derecho Administrativo Edit. Cromos, Bogotá, 1934, págs. 195 y ss.

Con la expedición de la Ley 53 de 1909, en sus artículos 4º<sup>5</sup> y 5º<sup>6</sup>, y en relación con los contratos de “construcción de obras, ejecución de hechos u otros análogos” se rompe de nuevo la igualdad de las partes en el contrato y se establece una distinción más generalizada para ciertos convenios que celebra el Estado.

Dicha ley estableció dos clases de cláusulas de caducidad: La una, las contractuales, que tenían como fuente las causales pactadas previamente en el contrato y, la otra, la genérica y presunta, que surgía del hecho del incumplimiento del contratista, sin que haya mencionado de manera clara a qué tipo de incumplimiento se refería. Aparece, por tanto, por primera vez un esbozo de cláusula presunta de caducidad.

Con la reforma del Código Fiscal en 1912 (L. 110/12), la cláusula de caducidad<sup>7</sup> estaba evidentemente ligada a las condiciones contractuales o a las expresadas en la ley; según el Código Fiscal, artículo 41, aquella se consagra “para todo contrato que se celebre en nombre del Estado y que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios”. En todo caso, debían estipularse en el contrato como causales de caducidad, la muerte del contratista y la quiebra del mismo judicialmente declarada. Cuando el contratista era persona jurídica, la causal de muerte equivalía a su disolución.

Adicionalmente, en su artículo 42 del Código Fiscal consagró el poder exorbitante del sometimiento del contrato a la ley nacional, sin importar que aquel fuera celebrado con un extranjero.

Otro aspecto fundamental sucedido con el Código Fiscal de 1912, es la consagración del procedimiento de licitación pública para los contratos de arrendamiento, ventas en subasta pública y suministros.

---

<sup>5</sup> Artículo 4º. “En todo contrato que el Gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos, u otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria, para el caso en que el contratista faltare al cumplimiento del contrato, por su culpa”. NARANJO. Ob. cit. Pág.3

<sup>6</sup> Artículo 5º. “Cuando no se hayan estipulado causales de caducidad en los contratos de las clases mencionadas en el artículo anterior, el ministerio respectivo podrá declarar ésta cuando los contratistas faltaren al cumplimiento de ellos y esta falta les sea imputable” NARANJO. Ob. cit. Pág. 3

<sup>7</sup> “(...) la empresa pasa a poder del Gobierno, pero se reconoce a cargo de la misma empresa y a favor del concesionario la suma que se compruebe haber sido útilmente invertida en la obra (...) y que se deduzca a favor del Gobierno el valor que éste haya dado por subvención en bonos o títulos de tierras baldías”. CARREÑO. Ob. cit. Pág. 199

En 1915 se consagran poderes de intervención frente a los contratos de obra y de concesión del Estado, como la declaratoria de utilidad pública, la orden de expropiación de los bienes requeridos (A.L 3/10, art. 5º)<sup>8</sup> y la toma de posesión en los contratos de concesiones férreas. Estos poderes indican el comienzo del contexto exorbitante indirecto del derecho administrativo contractual, en vista de que el contrato estatal no sólo se distingue por su clausulado exorbitante, sino por su relación con los servicios públicos, lo que genera la obligación de contar con una normatividad intervencionista protectora de los intereses generales, entre los cuales está evitar la parálisis del servicio y lograr, así, la satisfacción de servicios esenciales.

Posteriormente, las leyes 63 de 1921 y 106 de 1931 ampliaron los privilegios excepcionales de la caducidad, la cláusula penal pecuniaria y la obligatoriedad de la licitación a los contratos de suministros<sup>9</sup> y prestación de servicios.

Por tanto, y a manera de conclusión, en todo éste período se establece en los contratos estatales un régimen de exorbitancia unido a los poderes de intervención frente a los particulares, contenido en las cláusulas de caducidad, garantías forzadas, sometimiento a las leyes nacionales, penal pecuniaria con declaratoria directa del siniestro y pago forzoso, incluyendo para los contratos de concesión en vías férreas la toma de posesión de la empresa concesionaria, la venta o prórroga forzosa del contrato y la reversión sin indemnización, y de la misma forma, comienzan a consagrarse procedimientos especiales para la selección de los contratistas que garanticen el derecho a la igualdad y el principio de transparencia.

Esta conformación legal de las cláusulas excepcionales al derecho privado va de la mano con el desarrollo jurisprudencial en Francia, que inició en 1912 con la famosa sentencia del Consejo de Estado francés, “Societé de Granits Porphyroïdes de Vosges”, que consideró ajustado a derecho que el municipio de Lille impusiera una multa de manera unilateral e igualmente la cobrara en forma directa. Todavía el contrato se consideraba igual al celebrado para suministros de bienes entre particulares, pero empezaban a surgir criterios

<sup>8</sup> Ley 35 de 1915, Ley 84 de 1920, Ley 67 de 1926 y Ley 77 de 1927. NARANJO. Ob. cit. Pág. 4

<sup>9</sup> Dicha exorbitancia la complementa el DE 2880 de 1959 para los contratos de suministros mediante la inclusión de la cláusula penal pecuniaria y de multas. NARANJO. Ob. cit. Pág. 4



diferenciadores que otorgaba cierta identidad a los contratos del Estado.

Luego se expide la Ley 167 de 1941, segundo Código Administrativo que recopila varias disposiciones normativas dispersas hasta ese momento. De este Código puede destacarse dos estipulaciones: el artículo 73, que en concordancia con la Carta de 1886, insistió en la competencia de la Corte Suprema de Justicia para dirimir las controversias en materia de contratos administrativos<sup>10</sup>, y el artículo 254, que obligó a las entidades públicas a la estipulación forzosa de la cláusula de caducidad en los contratos de obras públicas, prestación de servicios, suministros, operaciones de crédito público y empréstitos<sup>11</sup>.

El Acto Legislativo No.1 de 1945 elimina la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer las controversias originadas en los contratos suscritos por la Administración Pública y deja a la ley la regulación de la dualidad de jurisdicciones existentes. De la misma manera, otorgó competencia al Consejo de Estado para resolver las acciones suscitadas en contra de los actos administrativos y autorizó la suspensión provisional de los actos de la administración, de conformidad con las causales y requisitos establecidos por la ley (art. 193).

Por otro lado, los artículos 254 a 258 de la Ley 167 de 1941 estipularon un régimen exorbitante para ciertos contratos de la administración pública nacional. El artículo 254 lo estableció para los contratos cuyo objeto fuera la “construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado”. Esta disposición era entonces una reiteración de lo expresado por el artículo 41 del Código Fiscal antes citado. La caducidad, como en general los poderes exorbitantes, durante esta época, hacen parte del contrato por autorización y remisión de la ley; la no inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos, unida con la penal pecuniaria, originaba su nulidad por el no cumplimiento de las disposiciones legales, pero así mismo no era posible presumir el régimen de exorbitancia si sus cláusulas no constaban por escrito en el respectivo contrato.

---

<sup>10</sup> El poder exorbitante daba lugar a actos administrativos que, por excepción, no eran de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa. Era la CSL la que debía pronunciarse sobre los motivos de esos actos y como consecuencia de ello, sobre el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales, pero no era claro que pudiera declarar la nulidad del acto. NARANJO. Ob. cit. Pág. 5

<sup>11</sup> En los de empréstitos puesto que, en esa época las entidades financieras eran estatales. NARANJO. Ob. cit. Pág. 5

El artículo 255, por su lado, exigía la motivación y formalidad del acto administrativo de caducidad y el artículo 256 la regulación y establecimiento de las prestaciones a que las partes quedaban obligadas, una vez se declarara la caducidad. Como se puede ver, este es el primer indicio de la facultad de liquidación unilateral del contrato. El artículo 258 se refirió entretanto a un término de caducidad de 30 días de la acción contra el acto de caducidad, una vez quedara éste en firme. Así mismo consagra por primera vez la imposición de multas durante la ejecución del contrato, pero la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de agosto de 1943 declaró la inexecutable de esta disposición.

Mediante la Ley 4ª de 1964, modificatoria del Código Contencioso Administrativo, se reformó el artículo 254 antes mencionado y se hizo absolutamente obligatoria la cláusula y las causales de caducidad, sin dejar ésta su sustento contractual<sup>12</sup>. Se configuraba de esta manera el marco estructural que permitirá crear la noción del contrato administrativo en Colombia, toda vez que se concibe un criterio diferenciador a través del poder excepcional durante la ejecución de los contratos del Estado.

### **9.1.1. El Contrato Administrativo en Colombia**

En 1955 nacieron dos normas trascendentales para la contratación estatal, que trataron los asuntos relativos a los procesos de selección del contratista y a la formación del contrato, surgidas por la imperiosa necesidad de controlar las adquisiciones y de acabar con cierta anarquía reinante en los mecanismos de selección. Se trata del Decreto 351 de 1955, primer “Estatuto Nacional de Compras”, que exigía las denominadas “cotizaciones” y creaba el “Comité de Compras” y por otra parte, el Decreto 1050 de 1955 primer “Estatuto de empréstito o de operaciones de crédito”.

Para esa data, se expide también el primer “Estatuto sobre obras públicas” Ley 4ª de 1964, modificada por la Ley 36 de 1966<sup>13</sup> y, que con el Decreto Reglamentario 518 de 1965 constituyeron el

---

<sup>12</sup> La norma señalaba: Artículo 254: “En todo contrato celebrado por la administración nacional y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben fijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración de caducidad, la cláusula de caducidad no es, por consiguiente, facultativa sino de obligatoria estipulación” NARANJO. Ob. cit. Pág. 5

<sup>13</sup> El artículo 9º de esa ley establece el poder de intervención frente a terceros en el contrato de obras públicas: “Son motivos de utilidad pública para decretar tanto la expropiación de terrenos de particulares como la explotación de canteras y la limitación al derecho de dominio mediante la imposición de servidumbres, según el artículo 30 de la Constitución Nacional, la construcción, mejoras, ensanches y conservación de las obras públicas” NARANJO. Ob. cit. Pág. 6

ordenamiento normativo de los contratos de obras públicas de la administración. El estatuto clasificaba estos contratos según su objeto en estudios de prefactibilidad, factibilidad, elaboración de diseños, planos, coordinación de obras, asesorías técnicas en obras y lo relativo a la construcción.

Estas disposiciones reseñadas dieron origen a un fundamento legal especial para los contratos de obras públicas, suministros o compras, crédito público y empréstitos. Sin embargo, el conocimiento de sus controversias seguía en cabeza de la jurisdicción ordinaria ante la ausencia de legislación que radicara la competencia en la jurisdicción contencioso administrativa. Además, el contrato continuaba con los principios y elementos del derecho privado, a pesar de que ya se estuviera hablando del contrato administrativo y sin importar que se estuviese dando aplicación al poder exorbitante y surgiese un acto administrativo contractual.

La lamentable dualidad de jurisdicciones se inicia en 1960. El Decreto Legislativo 550 de ese año creó el estatuto de los “Contratos Interadministrativos” e indicó que se someterían por el Libro cuarto del Código Civil colombiano, pero que sus controversias debían ser conocidas por la Justicia Contencioso Administrativa, en razón a que se encontraba de por medio el interés público.

Los artículos 30 a 32 del Decreto-Ley 528 de 1964<sup>14</sup>, fijan finalmente la competencia de las controversias de los contratos celebrados por todas las entidades públicas, sin hacer diferencia entre la Nación, los entes territoriales y las entidades descentralizadas y desconcentradas del Estado, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es justo en esta anualidad donde se empieza una nueva etapa para los contratos celebrados por la administración pública en Colombia, originada por la necesidad de establecer una diferenciación del contrato del Estado y de los particulares. Es notoria la influencia francesa que caracterizó al sistema y que ya había llevado la noción de servicio público a su jurisprudencia<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Decreto expedido en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 27 de 1963. NARANJO. Ob. cit. Pág. 6

<sup>15</sup> Hasta el año 1964, las controversias sobre indemnizaciones o perjuicios derivados de la ejecución de contratos y asuntos relativos a los actos contractuales correspondía a la justicia ordinaria, los jueces civiles del circuito, las salas civiles de los tribunales superiores y la Sala Civil de Casación de la C.S.J. NARANJO. Ob. cit. Pág. 7

El contrato administrativo llega entonces a nuestro país, no producto de un desarrollo jurisprudencial, sino por la implantación de la dualidad de los contratos de la administración: públicos y privados y de jurisdicciones contenciosas y ordinarias. Colombia, a través de las reformas legales, en forma tardía, entraba en la esfera del análisis del contrato administrativo que ya había hecho Francia por vía de interpretaciones jurisprudenciales.

La reforma al estatuto procesal contencioso administrativo incluyó el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa de los actos producidos durante la formación de los contratos (etapa precontractual)<sup>16</sup> o en su ejecución (etapa contractual) de los contratos de concesión, obras, de consultoría e interventoría, prestación de servicios y explotación de un bien estatal. Los contratos administrativos serían conocidos por la justicia contencioso administrativa y se les aplicarían las normas de derecho público y los contratos privados, incluso con cláusula de caducidad, de la jurisdicción ordinaria y se les aplicaría las normas del derecho privado (Libro 4º del Código Civil colombiano y las normas del Código de Comercio).

La labor de la jurisprudencia y la doctrina en Colombia, claramente influenciada por las premisas francesas, empezó a ser fundamental para lograr enmarcar la definición del contrato establecido en el Decreto Extraordinario 528 de 1964; “Aquí, en este encuadre jurídico se extrapoló el criterio del derecho francés, basado en la inclusión de la cláusula de caducidad, el que sin lugar a dudas marcaba un criterio diferenciador frente a los contratos de Derecho Privado, que los distanciaba enormemente en esencia. La doctrina colombiana dedicada a la materia fue unánime en considerar el criterio de caducidad como pieza identificadora de los contratos públicos”<sup>17</sup>.

Empero, la noción del contrato administrativo no deviene exclusivamente de estas cláusulas, sino del entorno intervencionista que lo rodea (poder público) y que está relacionada con el concepto de servicio público. Huelga decir, no sólo surge para intervenir el contrato en forma directa, sino para garantizar la prestación de los servicios. Tanto la posibilidad de declarar la utilidad pública de

---

<sup>16</sup> A partir de éste momento comienza los esbozos jurisprudenciales relativas a la teoría de los actos separables, con el objetote impedir la acción frente a los actos precontractuales de trámite y limitar la acción al acto de adjudicación, asimilándolo a un acto contractual. NARANJO. Ob. cit. Pág. 7

<sup>17</sup> EXPOSITO, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública, en derecho colombiano y español, pág.170

bienes y servicios, como la expropiación, la toma de posesión, la exigibilidad de garantías, etc. le dan a los contratos estatales un contexto que no tiene el contrato privado, es decir que su clausulado exorbitante y, por esencia, la caducidad, no son sino elementos dentro del conjunto de factores que habrán de distinguir al contrato administrativo.

### **9.1.2. Criterios jurisprudenciales sobre aspectos diferenciadores del contrato administrativo.**

Al finalizar la década de los años 70, la jurisprudencia colombiana fijó algunos criterios de distinción del contrato administrativo, basándose para ello en los planteamientos que había esbozado la jurisprudencia francesa; aquellos se pueden resumir de la siguiente manera:

**9.1.2.1. Criterio subjetivo.** El contrato es administrativo cuando uno de los sujetos contratantes es un órgano o entidad estatal; lo que genera que aquel sea de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Pero, éste sólo hecho no hace concluir que ese contrato sea de naturaleza administrativa, puesto que se requiere de la presencia de otros criterios.

**9.1.2.2. Criterio de servicio público.** El contrato es administrativo si su finalidad es la prestación o funcionamiento de un servicio público.

La primera decisión que marca el hito del servicio público se radica en la Sentencia Therón del 4 de marzo de 1910 del Consejo de Estado de Francia. La providencia establece el criterio de finalidad del contrato como el del servicio público. Dicho fallo se sustentó en las condiciones de ejecución del contrato que permitían concluir que como en el caso de recoger los animales muertos en las calles de una ciudad y trasladarlos a un depósito, el contratista “actúe en beneficio de la higiene y la seguridad de la población y, que por lo tanto, tiene por fin asegurar un servicio público”<sup>18</sup>.

Posteriormente y, ante la indefinición que originaba el criterio de finalidad de servicio, aparece el criterio de ejecución u operación directa del servicio, el cual será fundamental a partir de la

---

<sup>18</sup> El criterio de servicio público y la noción de “finalidad de servicio público” vuelve a ser importante en Colombia con la expedición de la Ley 80 de 1993. NARANJO. Ob. cit. Pág. 8.

jurisprudencia de “Les époux Bertin”<sup>19</sup> en Francia. La importancia de esa sentencia radicaba en el hecho de que el contrato era incierto, pues se trataba de la alimentación y el refugio a los repatriados soviéticos al final de la Segunda Guerra Mundial, mientras se esperaba su retorno a su país de origen. El contrato se dio verbalmente con la localidad, sin precisarse su naturaleza y sin tener, por ende, cláusulas exorbitantes ciertas y expresas; no obstante, el Consejo de Estado al ligarlo a la prestación de servicios públicos que debía ejecutar directamente la localidad, lo asimila a un contrato administrativo, aprehende su conocimiento, aplica el derecho que le es propio y falla indemnizando a los esposos Bertin.

**9.1.2.3. Criterio legal de derecho público.** El contrato es administrativo si la ley así lo establece, sin consideración a su naturaleza, señala su régimen jurídico y lo somete a la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Además, este criterio comprende también el hecho de que el contrato esté rodeado de procedimientos de selección de derecho público, como la licitación pública.

**9.1.2.4. Criterio de cláusulas exorbitantes.** El contrato es administrativo si contiene cláusulas exorbitantes al derecho común, en particular y de manera esencial, la caducidad, las cuales surgen de pleno derecho y con soporte constitucional, cuando se trata de satisfacer servicios públicos. Gastón Jèze en su obra de contratos dice: “El contrato administrativo se celebra siempre para asegurar el funcionamiento de un servicio público. El contratante es, esencialmente, un colaborador en el funcionamiento del servicio público. El interés general prevalece sobre el interés particular del contratante. Estas ideas fundamentales dominan todas las obligaciones resultantes de los contratos administrativos. Hay que concluir (...) que la administración tiene la facultad de introducir, durante la ejecución, las modificaciones que estime necesarias para el buen funcionamiento del servicio público en vista del cual se ha celebrado el contrato administrativo.

(...) Esta facultad debe consistir, no solamente en aumentar o en disminuir la extensión de las prestaciones que debe suministrar el

---

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sentencia del 20 de abril de 1956

contratante, sino también en poner fin a estas mismas prestaciones”<sup>20</sup>.

**9.1.2.5. El criterio de los procedimientos de selección del contratista.** La contratación del Estado también se diferencia de los contratos celebrados entre particulares, por el procedimiento que debe efectuarse para seleccionar al contratista de la administración. La primera consagración legislativa del procedimiento de selección por licitación pública en Colombia fue la establecida en la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional), para los contratos de arrendamiento de bienes nacionales, la venta de bienes nacionales en pública subasta y “la adquisición, no de especies o cuerpos ciertos, sino de cosas indeterminadas de cierto género, como vestuario para el ejército, herramientas y materiales para obras públicas, etc. aquélla debe hacerse previa licitación pública, con las siguientes solemnidades...”<sup>21</sup>.

Estos criterios, el Consejo de Estado los incorpora a sus decisiones de forma permanente durante las décadas de los años 60 y 70, y los considera fundamentales para definir el contrato como administrativo, especialmente los referidos a: a) el subjetivo; b) el de cláusulas exorbitantes, en particular la de caducidad<sup>22</sup>; c) la prestación u operación de un servicio público, y d) la definición legal o determinación legislativa que se haga del contrato y el poder reglado de derecho público.

De acuerdo a esos parámetros, el contrato de la administración será administrativo o privado. Así lo hicieron ver varias sentencias, tales como la del 4 de agosto de 1969, Sala Contencioso Administrativa, Sección III, M.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez, y la del 11 de octubre de 1974, en la que se consideró el contrato administrativo como aquél en el que se aplica a) cláusulas exorbitantes, en particular la caducidad, b) comprometía la ejecución de un servicio público por parte de la administración (criterio subjetivo), y c) se caracterizaba por la forma de selección del contratista (licitación pública).

---

<sup>20</sup> Principios Generales del Derecho Administrativo. Edit. Desalma, Buenos Aires, Tomo IV, Teoría General de los Contratos de la Administración, 1950, págs. 232 y 233. En: NARANJO. Ob. cit. Pág. 9.

<sup>21</sup> JIMENEZ SALGADO Gabriel y LOPEZ RAMIREZ Benjamín, Contratos de la Administración Pública, compilación y notas. Edit. Imprenta Nacional, Bogotá, 1973, págs. 37 a 53.

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección 3ª. Sentencia de fecha 5 de mayo de 1977, MP Jorge Valencia Arango.

Así mismo, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de septiembre de 1979, consejero ponente Jorge Valencia Arango, por un lado resaltó la importancia de las prerrogativas excepcionales de la administración, pero por el otro hizo énfasis en el equilibrio contractual que debía darse en las relaciones interpartes, surgiendo de ésta manera la teoría del equilibrio económico del contrato. El resumen de estos criterios aparece en la sentencia del Consejo de Estado del 29 de agosto de 1984, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.

En todo caso, al finalizar la década de los 70s, el contrato administrativo en Colombia tenía un carácter propio: un régimen jurídico de derecho público (cláusulas exorbitantes y régimen de intervención), una relación directa e indirecta con la ejecución u operación de servicios públicos y un procedimiento de selección que debía respetar las reglas de igualdad ante la ley.

Sin embargo, y como se ha notado, la normatividad era bastante dispersa y dividida de acuerdo al tipo de contrato, algunas actividades contractuales de muchas entidades públicas, nacionales y territoriales no estaba regulada; de ahí la necesidad de contar con principios generales para toda la actividad contractual; lo que hacía evidente el interés en la codificación de los contratos del Estado.

### **9.1.3. Surgimiento de los estatutos contractuales**

#### **9.1.3.1. Primer estatuto contractual. Decreto-Ley 150 de 1976.**

Ante la multiplicidad de normas contractuales y debido a la obligatoriedad de contar con unos principios generales en la contratación pública del orden nacional, al Gobierno de López Michelsen le correspondió regularla en un solo estatuto. Se expidió entonces la Ley 28 de 1974, que dotó de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para regular el tema contractual, las que ejerció a través del decreto ley 150 de 1976. Desde este estatuto empieza el período de codificación del derecho contractual contenido en una serie de normas, principios, tipologías, procedimientos, reglas de selección – se clasifican en licitaciones públicas, privadas y contratación directa –, efectos y cláusulas de los contratos aplicables a toda la administración pública nacional.

El citado Decreto-Ley regula los elementos del contrato: cláusulas, clases, capacidad y responsabilidades de los contratantes, formas de contratación estatal, terminación del contrato. Se recogen los



poderes exorbitantes: penal pecuniaria, multas, caducidad<sup>23</sup>, garantías, renuncia a reclamación diplomática (arts. 47 y 64), sujeción a la ley nacional (art. 63).

Se rescata también de este estatuto: a) su esfuerzo por clasificar los contratos, incluyendo la concesión (arts. 92 y ss) y la interventoría (arts. 96 y ss); b) la obligación de revisar los precios para los contratos de obra (art. 74); c) la creación de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades (arts. 7º y 8º); d) la obligación del registro de proponentes (arts. 32 y 33); y, e) las normas de protección a la industria nacional (arts.180 y ss).

**9.1.3.2. segundo estatuto contractual. Ley 19 de 1982 y Decreto-Ley 222 de 1983.** Empero, el Decreto – Ley 150 de 1976 traía muchos vacíos legislativos; varios contratos no se encontraban lo suficientemente regulados; los poderes exorbitantes debían precisarse y ampliarse acudiendo a los derroteros jurisprudenciales; se dejaba en la incertidumbre el régimen departamental y municipal; las excepciones al proceso licitatorio debían ser más estrictas; la clasificación de los contratos era insuficiente y precaria. Estas deficiencias, hicieron necesaria una nueva legislación – Ley 19 de 1982 –, lo que hace decir a Jaime Vidal Perdomo: “Superar la etapa de los criterios jurisprudencias o doctrinales en la materia para obtener una definición por el legislador mismo fue el primer propósito de la Ley 19 de 1982. Dotar al Estado de instrumentos jurídicos indispensables para el manejo de los más importantes contratos, que es un signo de la evolución del derecho administrativo, y responder a la dualidad de jurisdicciones con la dualidad de contratos, aparecen como una consecuencia de ese primer enunciado”<sup>24</sup>.

La Ley 19 es una norma que contiene principios y criterios fundamentales de la contratación pública, y dota al ejecutivo de facultades extraordinarias para desarrollarla. En su artículo 1º clasifica a los contratos administrativos (criterio legal) y se dan atribuciones al ejecutivo para agregar otros. Luego el Gobierno Nacional expide el Decreto-Ley 222 de 1983 que “Tuvo como particularidad la de que señaló expresamente en su artículo 16, cuáles contratos tenían el carácter de administrativos, considerando de derecho privado los demás; establecía como sistemas de

---

<sup>23</sup> La caducidad era forzosa para todos los contratos, salvo compraventa de bienes muebles, empréstito o de arrendamiento. NARANJO. Ob. cit. Pág. 10

<sup>24</sup> Derecho Administrativo, Ed. 12. Edit. Legis, Bogotá, 2004, pág. 312. NARANJO. Ob. cit. Pág. 12

selección del contratista los de licitación pública, licitación privada, concurso de méritos y contratación directa; dispuso para los contratos administrativos el uso obligatorio de cláusulas exorbitantes del derecho común, la de caducidad administrativa, la de los principios de interpretación, modificación y terminación unilaterales, traídas del derecho francés y español”<sup>25</sup>, a las que hay que agregar la penal pecuniaria (art. 62) y las multas.

La nueva legislación contractual clasifica los contratos en:

a. Administrativos: “1. Los de concesión de servicios públicos; 2. Los de obras públicas; 3. Los de prestación de servicios; 4. Los de suministros; 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos; 6. Los de explotación de bienes del Estado; 7. Los de empréstito; 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico — Focine —; 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo, y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales”. (art. 16, D.L. 222/83).

De igual forma, los contratos de conducción de correos y de asociación para el servicio de correo aéreo y los de servicios de telecomunicaciones, denominados concesiones de servicios (arts. 181 y 212). En otros artículos se incluye el contrato de consultoría, que en legislaciones pasadas estaba dentro del contrato de obra o prestación de servicios (art. 115), así como los de acuñación de la moneda (art. 219) que pasan a ser también administrativos.

Se distinguirán además por: a.1) un clausulado exorbitante adicional consagrado en los artículos 60, 62, 71 y siguientes (multas), 108 y siguientes (expropiaciones); a.2) el procedimiento de selección (arts. 27 y ss.), mediante el principio general de la licitación pública, estableciéndose excepcionalmente los casos en donde procede la licitación privada (arts. 31 y ss.).

En efecto, a estos contratos le serán aplicables el régimen de exorbitancia ampliado previsto en la ley, el procedimiento especial

---

<sup>25</sup> RODRIGUEZ, Gustavo H. Derecho Administrativo General, Ediciones Ciencia y Derecho, 2ª Ed., Bogotá, 1995, págs. 379 y 380

para la selección del contratista y un régimen adicional de intervención por parte del Estado.

b. Privados de la administración con cláusula de caducidad. Son contratos dotados de la cláusula de caducidad presunta (D.L. 222/83, art. 65) y su inclusión atrae la “trilogía unilateral”<sup>26</sup> del título IV del estatuto (art. 60). Con excepción de los contratos de compraventa de bienes muebles, de empréstito e interadministrativos, en donde no es obligatoria dicha cláusula (art. 61), todos los demás contratos la tienen. En esta categoría se encuentran contratos como los de fiducia, leasing, arrendamiento, transporte, compraventa de bienes inmuebles y demás contratos civiles y comerciales no mencionados en el artículo 16, con un régimen tenue de derecho público, en relación con la aplicación de las demás cláusulas exorbitantes y de otros poderes públicos y, así mismo, con exclusión del sistema de selección de los contratos administrativos.

De todas formas los contratos mantenían un régimen mixto: conservaban un régimen de derecho privado<sup>27</sup>, pero así mismo un régimen público. El Consejo de Estado estimaba que eran aplicables los principios del derecho civil y comercial valiosos en el derecho contractual estatal, justa explicación de que algunos de ellos quedaran estipulados en la Ley 80 de 1993.

Bajo ese contexto, el hecho de incluir en el contrato la cláusula de caducidad, que a su vez atrae la “trilogía unilateral” exorbitante (art. 18), determina que su conocimiento esté en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, independientemente del criterio subjetivo (art. 17)<sup>28</sup>.

c. Los contratos privados de la administración. En esta clase se encontraban solamente los contratos de compraventa de bienes muebles y de empréstito, cuyas controversias estarían en cabeza de la jurisdicción ordinaria.

d. Régimen contractual de los departamentos y municipios. Se estipuló que se sujetaran a las reglas del contrato administrativo, en cuanto a la clasificación, efectos, tipos, principios generales (L. 19/82, art. 1º), terminación (incluyendo la unilateral) y la

---

<sup>26</sup> Modificación, interpretación y terminación unilateral

<sup>27</sup> G. Géze. Ob. cit. Págs. 192 y ss

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de mayo de 1988, Exp. 4303.

responsabilidad. Por ello, dichas entidades podían expedir con autonomía, en sus códigos fiscales, disposiciones para la selección, adjudicación y perfeccionamiento del contrato. El régimen de exorbitancia y de derecho público indirecto del estatuto, se aplicaba también a los contratos de las entidades territoriales. En esta medida el contrato administrativo era comprensivo de los contratos nacionales, departamentales, municipales, incluyendo las entidades desconcentradas y descentralizadas de capital mayoritario del Estado (superior al 90%).

e. Entidades descentralizadas del orden nacional. El Decreto 222 estableció un procedimiento de contratación para las entidades descentralizadas, en desarrollo del concepto de autonomía administrativa, en virtud del cual podían expedir sus propios reglamentos internos. De esta manera, creó también un procedimiento propio para las superintendencias.

**9.1.3.3. Tercer estatuto. Ley 80 de 1993.** Varios aspectos determinaron la insuficiencia del anterior régimen de contratos: a) la complejidad de la actividad del Estado y la evidente necesidad de ampliar y regular diversos tipos de contratos y regímenes; b) la falta de unos principios orientadores para toda la actividad contractual del Estado; c) Los nuevos criterios jurisprudenciales en temas como los derechos y deberes de las partes, régimen de inhabilidades, el principio del equilibrio de la ecuación contractual, la transparencia y publicidad de las decisiones oficiales, la participación comunitaria; d) los mecanismos de selección del contratista que ameritaban la regulación de las excepciones y un mayor control en toda la actividad precontractual de las entidades estatales; e) la creación de nuevos entes públicos no cobijados en el estatuto anterior, y, f) la necesidad de establecer regímenes especiales, con sus reglas para cierto tipo de contratos, v.gr. empréstito y manejo de deuda pública, servicios públicos domiciliarios, etc. El nuevo estatuto surgió también por la reforma constitucional de 1991.

Varios puntos se pueden destacar del estatuto:

a. Se consagra el término genérico de “entidades estatales”, entendiéndose por ellas las estipuladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

b. Generaliza la denominación de los contratos; “contratos estatales”. Predomina para ello el factor subjetivo, con la sola consideración de que siempre que exista una “entidad estatal”, celebrará “contratos

estatales”. Se suprime, por tanto, la anterior diferenciación entre contratos administrativos, privados con cláusula de caducidad y propiamente privados de la administración.

c. Relevancia del concepto de servicio público. La ley abarca tanto a los contratos en ejecución del servicio público, como también aquéllos que tienen por finalidad la prestación del servicio.

J.L. Benavides al respecto dice que “La importancia dada al servicio público genera una doble aproximación al problema de la aplicación del derecho público de los contratos de la administración. Por un lado, el servicio público legitima los poderes reconocidos a la administración contratante e incluso al particular que tiene a su cargo la prestación de ciertos servicios públicos (...) y, por otro lado, las prerrogativas reconocidas a la administración revelan un vínculo con el servicio público, por cuanto implican el ejercicio de funciones administrativas<sup>29</sup> y, por consiguiente, exigen la aplicación del derecho administrativo. Esta dependencia recíproca hace revivir el antiguo criterio de identificación de los contratos administrativos basado en el servicio público”<sup>30</sup>.

Como puede verse, renace con gran fuerza el criterio de servicio público en los contratos del Estado.

d. Un régimen de exorbitancia ampliado: las cláusulas excepcionales se ampliaron en gran medida.

d.1. Las cláusulas exorbitantes clásicas. Se mantienen la declaratoria de caducidad y la terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato, en razón del interés general y del servicio (arts. 14 a 18).

d.2. Se dota de poder de intervención a la administración en subsidio o apéndice de la caducidad, en caso de incumplimiento grave (art. 18, inc. 2º). La base legal de las multas, y poder de intervención directa en la ejecución del contrato, incluyendo la toma de posesión de la obra por la administración (administración o venta forzada). Pero, actualmente la jurisprudencia ha limitado en gran medida el alcance de esta disposición, atenuando el poder de intervención del Estado<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> BASTOS PORRAS, José. Código Administrativo. 1996.

<sup>30</sup> Ob. cit., pág. 355.

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección 3ª. Sentencia del 15 de octubre de 1999. Exp. 10929. MP Ricardo Hoyos Duque.

d.3. Liquidación unilateral. Si no es posible la liquidación a través de un acto bilateral, en virtud del artículo 61 de la Ley 80 de 1993, la administración está obligada a liquidarlo unilateralmente en los contratos de tracto sucesivo o que se prolongan en el tiempo.

d.4. La terminación unilateral fundada en la nulidad del contrato. La jurisprudencia ha estimado que la administración no puede declarar la nulidad del contrato, puesto que ello sólo es competencia del juez administrativo, pero sí puede suspenderlo y terminarlo en forma unilateral una vez se den las causales de ilicitud del contrato, esto es, se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley (num. 1º), se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (objeto o causa ilícita num. 2º) o se haya declarado la nulidad del o los actos en que se fundamente, que dieron lugar a su nacimiento (num. 3º).

d.5. La obligación de la constitución de la póliza que garantice el cumplimiento y la declaración del siniestro (art. 25, num. 19), dotándose al acto, que así lo declare, de poder ejecutivo, en aplicación del principio de que la póliza integrada al acto administrativo ejecutoriado que declara la obligación, presta mérito ejecutivo, y es de obligatorio cumplimiento tanto para el contratista como para la compañía aseguradora.

d.6. El poder de intervención colateral de expropiación e intervención sobre bienes que requieran los contratos de obra (arts. 108 al 113 y ss. del antiguo D.L 222/83, aún vigentes en virtud del artículo 81 de la Ley 80 de 1993).

e. Consagración de los principios en la contratación estatal. Transparencia (art. 24), economía (art. 25), responsabilidad (art. 26), selección objetiva (art. 29) y los principios rectores de la administración pública (buena fe, moralidad, eficiencia administrativa e interés general, entre otros).

f. Los principios del equilibrio económico-financiero del contrato y de la ecuación contractual (art. 27). La jurisprudencia en Colombia comenzó a considerar teorías como el “hecho del príncipe”, la intervención de la administración en el contrato o de los incumplimientos de la administración y da opción a la equivalencia en los derechos y obligaciones del contrato, pero a favor exclusivamente del contratista. Este principio se reitera en la Ley 80, para exigir la revisión de las cargas del contratista, las obligaciones de la balanza

original y, eventualmente, la existencia de sobrecostos en la ejecución del contrato.

Pero, adicionalmente, la Ley 80 trae consigo el concepto de la ecuación contractual, la cual se aproxima más a la revisión del contrato para ambas partes, cuando las condiciones económicas cambiantes así lo determinan. Se trata de hechos ajenos a la voluntad de las partes surgidos durante la ejecución del contrato, circunstancias imprevistas que obligan a la otra a tener que llevar la ecuación a su punto de equilibrio inicial, en consideración del estado de no pérdida para la parte afectada o restitución del exceso en lo pagado o reconocido de más por la otra. La ecuación contractual es un derecho que surge para ambas partes: contratante y contratista.

g. Generalización del procedimiento de selección del contratista por medio de licitación o concurso público (art. 24). Las excepciones se plantean bajo tres modalidades taxativamente establecidas en la ley: el concepto de "contratación directa", la subasta pública y la urgencia manifiesta.

h. Se consagra un régimen de inhabilidades e incompatibilidades más amplio y se extiende el régimen de responsabilidades, asimilando al contratista, a asesores, interventores y demás actores de la contratación con los servidores públicos, cuando cumplen funciones administrativas.

i. Estableció un sistema de registro único de proponentes regulado por las cámaras de comercio del país.

j. Reúne en la jurisdicción contencioso administrativa el control jurisdiccional de los litigios que surjan de la celebración y ejecución de todos los contratos que celebre la administración, independientemente de su clausulado exorbitante, su tipología, naturaleza o alcance del régimen de derecho público; competencia que la jurisprudencia extendió a los procesos ejecutivos derivados de un contrato estatal.

k. Introduce las figuras de las uniones temporales y la promesa de asociación futura, que tienen origen en el derecho europeo.

l. Consagra regímenes especiales como los derivados de la explotación de recursos no renovables, telecomunicaciones, empréstitos, actividades propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Y al ser una ley ordinaria, se mantienen los regímenes en diversas áreas de

la contratación estatal: v.gr., universidades, aduanero, Banco de la República, salud pública, transportes, recursos naturales, puertos, entre otros.

Por lo dicho, se conserva un régimen mixto del contrato estatal: privado a causa de la aplicación de los principios propios de los contratos comerciales, civiles y un régimen especial de derecho público, que cambia dependiendo de varios factores: sujeto o tipo de contrato. “Con todo, hay que decir que la inclusión de lo privado no es lo que hace que su regulación o que ese contrato sea más privado o más público; tiene de ambos, y esa dualidad de regímenes no le permite una identificación de uno u otro. El Estatuto de Contratación Estatal no aclaró, confundió, aunque parta de un nomen juris genérico y establezca una sola institución competencial en caso de litigios”<sup>32</sup>.

## **9.2. GENERALIDADES DEL CONTRATO ESTATAL**

Una de las razones de ser del Estado, es facilitar y garantizar a la comunidad el acceso a bienes y servicios básicos con gran incidencia en el desarrollo y la calidad de vida de la población, en cuanto posibilitan la prosperidad general, el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios. El Estado como prestador de servicios ya sea de forma directa o indirecta, y/o participando en la regulación de la economía y de las actividades que comporten una función de interés general, hace efectiva la continua y eficiente prestación de servicios dentro de un marco de garantías, tanto para la comunidad en general - quienes los reciben - así como para las empresas o entidades prestadoras de los mismos – quienes lo suministran -.

Para su desarrollo y cuando el Estado opta o es incapaz de prestar directamente ciertos servicios o actividades, debe acudir a la contratación de los mismos; en ese sentido, a raíz de dicha circunstancia, desde ya hace varios lustros, se ha venido regulado la actividad contractual del Estado, con disposiciones normativas que han ido variando de acuerdo al momento político, económico, social o cultural reinante.

---

<sup>32</sup> EXPOSITO, Juan Carlos. Ob. cit., pág. 190



Como quedó expuesto atrás, la doctrina y la jurisprudencia con antelación distinguían dos tipos de contratos celebrados por la Administración Pública:

Uno era el Contrato Administrativo propiamente dicho, que regularmente se utilizaba para la realización de obras públicas, suministros, explotación de bienes del Estado y prestación de servicios, y otros, los celebrados por la administración pero de naturaleza privada (contratos civiles, comerciales, laborales).

Las controversias que en los contratos administrativos propiamente dichos se suscitaban, debían ser resueltas por la Jurisdicción Contencioso Administrativo y las que se presentaban en los contratos de Derecho Privado de la Administración, la competencia para su solución estaba en cabeza de la Justicia Ordinaria, **SALVO** que se hubiera pactado cláusula de Caducidad ( Decreto 222/83), evento en el cual el asunto pasaba a ser de resorte de la Jurisdicción especializada.

Lo anterior obliga a manifestar que la inclusión o no de la cláusula de caducidad en los contratos de derecho Privado de la Administración, era determinante en la fijación de la competencia en una u otra Jurisdicción, situación que no debía ser tenida en cuenta en tratándose de contratos administrativos propiamente dichos.

**El Contrato Estatal.** La noción de Contrato Estatal ha tenido desarrollo y evolución en buena parte, en la jurisprudencia, que se ha empeñado en fijar algunos parámetros para determinar con detalle cuál ha de ser el concepto que se debe tener sobre él, cuáles sus fines y cómo es su clasificación. Sobre éste tópico es dable destacar lo siguientes:

- Cláusulas del Contrato: Un contrato adquiría la calidad de contrato administrativo cuando contenía una o más cláusulas exorbitantes.

- Por las partes que intervienen en el contrato: Para que el contrato sea catalogado como estatal se requiere que al menos una de las partes sea una persona de Derecho Público.

- Objeto del contrato: Los contratos eran considerados administrativos cuando tenían por objeto la ejecución de un servicio público, circunstancia que no implicaba, de manera alguna,

que la parte ejecutante, tratándose de personas de derecho privado, por ese hecho adquiriera el status de entidad de derecho público.

Debido a que con anterioridad a la Ley 80 de 1993, casi existía régimen de Contratación para cada entidad pública, hubo la necesidad de que doctrinaria y jurisprudencialmente se establecieran al menos tres grandes grupos de contratos celebrados por la Administración:

- a. Contratos administrativos
- b. Contratos privados con cláusula de caducidad
- c. Contratos privados de la Administración.

Las controversias que en ellos se presentaban, por su misma naturaleza, estaban sometidas al conocimiento de jueces distintos, así: los dos primeros a la jurisdicción contencioso administrativa y los últimos a la jurisdicción ordinaria.

El objetivo de la ley 80, fue en teoría unificar los regímenes de contratación existentes y eliminar la división de clases de contratos suscritos por las entidades estatales, para agruparlos en uno solo, teniendo como referente el hecho de que será contrato estatal cuando una de las partes es una entidad pública, sin importar que se tratara de contratos de derecho privado o si en ellos se pactaron o no cláusulas excepcionales.

De esta forma se pretendió dar cumplimiento a lo establecido en el inciso final del Art. 150 de la C.N. en aras de establecer un Estatuto de Contratación Pública, único, claro y coherente, que permitiera la transparencia, agilidad y eficacia en este tema, tarea asignada al Congreso: *“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”; quiere esto significar que todos los entes estatales, ya sean del orden nacional o territorial, del sector central o descentralizado, se regirán por un estatuto único en el que se consagren las normas que rigen los contratos que deban celebrar los distintos entes estatales, sea cual fuere su denominación o el nivel al cual pertenezcan*”. De esta manera quiso el constituyente acabar con la existencia de múltiples estatutos contractuales, heterogéneos y ambiguos que en muchas ocasiones regulaban iguales asuntos en forma diferente, lo cual indudablemente creaba inseguridad jurídica, incertidumbre y caos en el campo de la contratación con el Estado.

Lo dicho *supra*, podría hacer pensar que unificadas las categorías de contratos estatales, no habría inconvenientes respecto a la determinación del juez competente para conocer y tramitar las controversias que en aquellos se suscitaran, más aún si el mismo artículo 75 de la Ley 80 de 1993, radicó en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dicha potestad. Sin embargo, el problema viene a presentarse cuando el mismo legislador comienza a expedir normas legales que consagran excepciones a la aplicación de la Ley 80 de 1993; en otras palabras, se crearon regímenes especiales de contratación a algunas entidades estatales, que a pesar de ser públicas, no se regían por la Ley 80 de 1993, sino por sus propias disposiciones, en especial por el derecho privado.

Surge entonces nuevamente incertidumbre respecto a la autoridad competente para resolver los conflictos contractuales que se suscitan en las entidades públicas con régimen especial de contratación y con ella inseguridad jurídica, confusiones y dificultades a la hora de ejercitar la correspondiente acción judicial.

Leyes como la 30 de 1992, 100 de 1993, 142 y 143 de 1994, para citar sólo algunas, con sus disposiciones generales y a veces confusas en el aspecto de contratación, han generado en los jueces de la República, tantos fallos contradictorios, como criterios de interpretación encontrados. Para apaciguar en cierto grado esta situación, han tenido que intervenir de manera juiciosa y reiterada la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, corporaciones que no en pocas ocasiones han optado por arrojar razones distintas a la materia para determinar la Jurisdicción competente, huelga decir, no solo observa si el organismo que contrata es de derecho público o privado, ni tampoco la calidad que ostenta el funcionario o la persona que ejecuta determinada actividad pública, sino que más bien ha hecho tendencia hacia la fundamentación de sus fallos bajo el criterio predominante de la **función pública prestada** y su trascendencia en cuanto a la prestación de servicios públicos.

Bajo esos planteamientos es que las actividades desplegadas por las entidades de Educación Superior, Salud y Servicios Públicos Domiciliarios, han sido catalogadas como ejercicio de funciones administrativas, por estar de por medio la prestación de un servicio público.

Y es que en honor a la verdad, los mismos principios supra legales de solidaridad, responsabilidad e interés general, han abierto la posibilidad de que los particulares asuman funciones

administrativas y como consecuencia de ello que sus actuaciones puedan ser sometidas al control de la jurisdicción especializada; muestra de ello es la disposición normativa contenida en el Artículo 112 de la ley 489 de 1998, concordante con el artículo 93 ibídem, relativa a los actos y contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. El precepto legal consagra que por el hecho de ejercer funciones administrativas, los contratos que celebren para el cumplimiento de labores que estén por fuera de su objeto social se someterán al Estatuto General de Contratación Estatal, no así los actos y contratos que suscriban para el desarrollo de su actividad propia industrial, comercial o de gestión económica; situación ésta que no modifica ni su naturaleza jurídica, ni tampoco el régimen legal que les es aplicable.

Pero la situación que ahora parece clara, no lo es tanto cuando de conflictos contractuales de las entidades estatales regidas por la Ley 30 de 1992, Ley 100 de 1993, Ley 142 y 143 de 1994 se trata, puesto que muchos han sido los jueces especializados que han guiado sus decisiones en las normas específicas establecidas en las tres normas enunciadas (Artículo 93 de la Ley 30 /1992; Artículo 195 de la Ley 100/93 y los Artículos 32 y 8 de las Leyes 142 y 143 de 1994 respectivamente), que hacen alusión a la aplicación, en cuanto a contratación se refiere, de normas de derecho privado, para concluir que la Jurisdicción Contenciosa no es la competente para dirimir las controversias derivadas de esta clase contratos, profiriendo para el efecto, sendos autos de inadmisión o de rechazo de demandas y en algunas ocasiones providencias ordenando el traslado del expediente a la Jurisdicción Ordinaria.

Estas decisiones se sustentan en el principio de especialidad, es decir, bajo argumentos relacionados con la existencia de una norma especial, que dispone la aplicación del derecho privado, en lo que a contratación se trata, negando la posibilidad de que sea la Jurisdicción Contencioso Administrativa la que conozca de los conflictos contractuales que se suscitan en las entidades con régimen especial de contratación, mucho menos cuando una de las partes es un ente de carácter privado habilitado legalmente para desarrollar actividades que enfrasan el ejercicio de una función administrativa.

Dentro de esa lógica, algunos Tribunales Administrativos que se han visto avocados a resolver controversias de índole contractual en entidades con régimen especial, se han limitado a remitirse al artículo 2º ordinal primero de la Ley 80 de 1993, que establece para sólo los

efectos de esa norma, cuáles son las entidades estatales, a las que se les aplica el Estatuto General de Contratación Administrativa.

Valga la oportunidad para manifestar que respecto a las sociedades de economía mixta, la norma descrita la cataloga como entidad estatal, siempre y cuando el Estado tenga en ella una participación superior al 50%.

Merece que se cite en éste punto, el fallo que sobre el tema profirió el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, en fecha 4 de julio de 1999, respecto a un conflicto contractual suscitado en una Sociedad de Economía Mixta, decisión que se limitó a determinar el porcentaje accionario del Estado en tal entidad y como éste resultó ser menor al 50%, dicha corporación concluyó que la controversia era de resorte de la Justicia Ordinaria. Esta providencia fue modificada por el Consejo de Estado en fallo de la Sección Tercera de fecha de 31 de agosto de 2000, C.P. Ricardo Hoyos Duque, radicación N° 17234, sentencia que más adelante se detallará con precisión.

Como puede notarse, ha primado el criterio mecánico que equipara regulación por normas de derecho privado igual jurisdicción ordinaria; Ley 80 de 1993 igual Jurisdicción Contencioso Administrativa, fundamentos que, como se dijo antes, han servido para proferir autos inadmisorios o de rechazo de demandas, con el riesgo latente de que esas decisiones y la inseguridad jurídica reinante puedan dar lugar a la caducidad de las acciones, haciendo nugatorio el derecho reclamado y por ende el derecho al acceso a la justicia.

Como quedó plasmado en líneas anteriores, para evitar que se sigan presentando este tipo de circunstancias, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha tratado de señalar unos parámetros a tener en cuenta, al momento de ejercitar una acción contractual, con el fin de acertar la jurisdicción a la cual debe presentarse la correspondiente demanda.

El honorable Consejo Estado en múltiples providencias, ha reconocido la existencia de dos categorías de contratos públicos, a saber:

- Contratos Estatales Regidos por la ley 80 de 1993
- Contratos Estatales Especiales.

Los primeros son aquellos contratos celebrados por entidades públicas regulados íntegramente por la Ley 80/93, que por regla

general adquieren el carácter de estatal en razón del **ente público contratante**, definidos desde el punto de vista orgánico, y las controversias que se deriven de ellos o de su ejecución y cumplimiento le competen a la Jurisdicción especializada.

Los segundos están sometidos a un régimen legal propio; el Juez que conoce de sus controversias es el Juez Contencioso Administrativo, cuando la entidad contratante se encuentra en ejercicio de autoridad.

Son contratos estatales especiales, sujetos a la normatividad del derecho privado, los que celebren entidades públicas, privadas o mixtas que ejerzan funciones administrativas y que actúen a través de actos administrativos.

Es decir, la remisión que hacen las normas públicas de contratación a la normatividad privada, no genera por ese solo hecho alteración en la naturaleza pública de los negocios que celebren las entidades estatales antes citadas.

Este trabajo lo que busca es justamente hacer una aproximación a la segunda categoría de contratos, en particular a los que celebran las Entidades de Educación Superior, las Empresas Sociales del Estado y las Empresas de Servicios Públicos.

### **9.3. REGIMENES ESPECIALES DE CONTRATACION - CONTRATOS ESTATALES ESPECIALES-**

#### **9.3.1. Régimen contractual de las universidades estatales u oficiales.**

**9.3.1.1. Naturaleza jurídica de las universidades estatales u oficiales.** De conformidad con el artículo 16 de la ley 30 de 1992, son instituciones de educación superior: a) las instituciones técnicas profesionales; b) las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y c) las universidades.

Las universidades estatales u oficiales al tenor de lo dispuesto en el artículo 57 ibídem, deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial, mientras que las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad de acuerdo con la misma ley, deberán organizarse como establecimientos públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 547-94, señaló: “.... a primera vista podría pensarse que las universidades estatales u oficiales en materia contractual quedaron cobijadas por las normas del estatuto general de contratación de la administración pública ( LEY 80 DE 93); sin embargo, ello no es así, pues dichas instituciones se rigen por normas especiales dictadas por el legislador, No ocurre lo mismo con las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad, pues, por tratarse de establecimientos públicos, su régimen contractual es el contenido en la ley 80 de 1993...”.

En el mismo sentido, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 25 de mayo de 1994, con ponencia del Magistrado Roberto Suárez Franco, dijo: " la contratación, por parte de las universidades estatales u oficiales, se rige por las normas contenidas en el capítulo VI de la ley 30 de 1992 (régimen especial). Las demás instituciones estatales u oficiales de educación superior, que se organicen como establecimientos públicos para los mismos efectos, deben someterse a las normas de la ley 80 de 1993".

#### **9.3.1.2. Características de las universidades estatales u oficiales**

Conforme a lo establecido en el Artículo 57, inciso 2º de la norma descrita, los entes universitarios autónomos se caracterizan por tener:

- Personería jurídica.
- Autonomía académica, administrativa y financiera.
- Patrimonio independiente.
- Facultad para elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo a sus funciones.

Ahora bien, si en desarrollo del inciso final del Artículo 150 Constitucional se expidió un Estatuto de Contratación Único, cabe preguntarse ¿bajo el amparo de qué normatividad se crean los regímenes especiales de contratación?. Para el caso de las universidades se puede establecer que el fundamento normativo se encuentra consagrado en el artículo 69 superior, el cual faculta al legislador para establecer un régimen especial para las Universidades del Estado, dejando en manos de éste el deber de *regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación* con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos.

En vista de lo que dispone el multicitado artículo 57 de la Ley 30/92, que establece que el régimen especial de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual y teniendo en cuenta que el artículo 93 ibídem reza que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado y que según la naturaleza de los contratos, sus efectos (excepto los de empréstito) estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, se ha creído que los contratos celebrados por estas instituciones se rigen por normas del derecho privado.

En este sentido, no solo los profesionales del derecho, sino también los mismos funcionarios de los Tribunales Administrativos han concluido que si el Legislador crea un régimen especial de contratación, al que se le aplica normas de derecho privado, la jurisdicción competente para dirimir las controversias contractuales que en ellos se susciten es la ordinaria, análisis que ha sido desvirtuado en múltiples ocasiones por las decisiones del Consejo de Estado.

Como se puede notar, la existencia de estos regímenes nace de la facultad constitucional otorgada al Legislador para establecer un régimen especial en materia contractual. Resulta por tanto coherente con la disposición normativa contenida en el artículo 94 de ley 30 de 1992, que establece unos requisitos adicionales para la celebración de contratos con las universidades estatales u oficiales, como son: disponibilidad y registro presupuestal, sujeción de los pagos a las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional en los casos en que lo exija la ley, sin lesionar mandato alguno del Estatuto Superior.

**9.3.1.3 Divergencias en cuanto a la jurisdicción competente en este tipo de contratos.** Los criterios que han venido sosteniendo los Tribunales Administrativos del país, respecto al juez que tiene la facultad legal para conocer de los conflictos que se presentan en los contratos celebrados por estos entes, se pueden resumir de la siguiente manera:

- Criterio de especialidad: Las universidades públicas se rigen por la Ley 30 de 1993; dicha norma establece que estos entes tienen un régimen de contratación especial; la citada disposición no ha sido derogada por la Ley 80 de 1993, en consecuencia sobre aquéllos se aplicará el derecho privado conforme a lo dispuesto por el artículo 12 del C.P.C.



Las razones expuestas por el Consejo de Estado para modificar tal decisión son:

- Criterio de la función pública prestada: Las Universidades son entidades públicas, debido no sólo a su organización sino también a la naturaleza del servicio que prestan, el cual el Estado debe regular y vigilar.

El Juez competente para conocer de controversias derivadas de contratos estatales especiales y de sus procesos de ejecución o cumplimiento es el Juez de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por ser el contrato en cuestión, de los catalogados como contrato estatal especial, rige la norma general de competencia consagrada en el Art. 75 de la ley 80 de 1993.

### 9.3.1.4. Resumen jurisprudencial

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
C.E- Sec3-Exp1998- 14202. Fecha: 20 de abril de 2005 MP. Ramiro Saavedra Becerra
<b>Conflicto Especifico</b>
<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b> Adjudicación Contrato de obra construcción Bloque Universitario
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
<b>Actor:</b> Luís Fernando Díaz Cabrera <b>Demandado:</b> Universidad del Tolima ente Universitario Autónomo Creado Mediante Ordenanza N° 005 de 1945 vinculado al Ministerio de Educación Nacional
<b>Jurisdicción Competente</b>
- Contencioso Administrativo - Fallo 1° Instancia Tribunal Administrativo Tolima - Declara probada excepción Falta de Jurisdicción conforme ley 30/92 No derogada ni modificada por la Ley 80/93. - Controversia Corresponde a la <b>Justicia Ordinaria</b> Art. 12 C.P.C. - Demandante Apela en razón a que se trata de la impugnación de un Acto Administrativo. de Adjudicación proferido por una entidad estatal, dentro de un Proceso de selección en un Contrato de Obra. - El A. de adjudicación no es un Acto privado, pues es una decisión unilateral producto de un proceso selectivo contractual REGLADO
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
- Contencioso Administrativo revoca decisión del Tribunal - Niega Las pretensiones de la demandad. Razones: - Por ser este contrato Estatal rige la norma general de competencia Art. 75 ley 80/93; no es el tipo de régimen legal el que determina le Juez del Contrato, EXCEPCIONALMENTE, la justicia Administrativa puede ser relevada del conocimiento de controversias de Actuaciones derivadas en actuaciones de entidades públicas. - Universidad Ente Universitario Autónomo; son entidades públicas, en razón a su organización y al hecho de prestar un servicio público. - el juez competente para conocer las controversias derivadas de contratos estatales especiales y de procesos de ejecución o cumplimiento en razón de los mismos, celebrados por las universidades estatales u oficiales, es la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **9.3.2. Régimen contractual de las empresas sociales del Estado E.S.E.**

La creación de este tipo de entidades estatales encuentra su origen en normas constitucionales como los artículos 48,49,365, desarrollados con la expedición de la ley 100 de 1993. Este tipo de entidades estatales están reguladas por los artículos 194,195 y siguientes de la misma.

**9.3.2.1. Naturaleza jurídica:** A través de la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República organizó el Sistema de Seguridad en Salud, para lo cual creó las empresas promotoras de salud e instituciones prestadoras del servicio de Salud. Estas entidades pueden ser de carácter público, privado, solidario o comunitario; constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; pueden ser creadas por la ley o por las asambleas o concejos municipales.

El Artículo 154 de la Ley 100/93 señala los aspectos y fines de la intervención del Estado en el servicio público de la Salud. Debido a la importancia y al riesgo social que comporta su prestación, se ha dispuesto que el sistema requiera de la coordinación entre el Estado y las entidades públicas y privadas del sector salud; el Estado facilita tanto a entidades públicas y privadas apoyo financiero, pero así mismo se atribuye mecanismos que permiten el control de la gestión que éstas desarrollan. La especial regulación de este servicio por parte del Legislador busca la máxima eficiencia que garantice a los ciudadanos el derecho a la salud.

Su régimen jurídico contractual es el derecho privado, de conformidad con lo estipulado en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, con la característica de que en forma discrecional se puede hacer uso en ellos de las cláusulas excepcionales, evento en el cual las controversias deberán someterse, en todos los casos, a la Jurisdicción Especializada.

Lo anterior hizo pensar que la Jurisdicción Contencioso Administrativa solo excepcionalmente tenía competencia para dirimir conflictos contractuales en las E.S.E, en los eventos en que se estipulaban cláusulas exorbitantes.

**9.3.2.2. Divergencias en cuanto a la jurisdicción competente en este tipo de contratos.** El fallo de fecha 14 de abril de 2005, emitido por la Sección 3ª del Consejo de Estado, dentro del Expediente N° 24901, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, muestra claridad en cuanto a la jurisdicción competente para dirimir esta clase de conflictos contractuales, cuando el Tribunal Administrativo del Tolima, en primera instancia había considerado la existencia de una relación contractual entre dos entidades públicas en los términos de la ley 80 de 1993, razón suficiente para determinar que la jurisdicción contenciosa era la competente para resolver las divergencias presentadas en la actividad contractual de las empresas sociales del Estado; adopta entonces el CRITERIO ORGANICO.

**9.3.2.3. Las razones expuestas por el Consejo de Estado.**

- Criterio orgánico: no obstante que los contratos de las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas de derecho privado, en tanto estas constituyen entidades estatales, sus contratos tienen esa misma naturaleza y las controversias que de allí se derivan son de competencia de la jurisdicción contencioso Administrativa.

De acuerdo al Art. 195 ley 100/93, el régimen de contratación de las E.S.E. es el derecho privado, pero excepcionalmente en sus contratos se podrán incluir las denominadas cláusulas exorbitantes. Sin embargo, el hecho de que el régimen de contratación sea el derecho privado, no implica que se deduzca mecánicamente que la jurisdicción a avocar conocimiento deba ser la jurisdicción ordinaria, pues al tratarse de contratos estatales rige la norma general de competencia del artículo 75 de la Ley 80/93 concordante con el artículo 82 del C.C.A. Tal competencia solo puede ser EXCEPTUADA por norma de igual rango legal.

Cabe traer a colación la sentencia de constitucionalidad No. C- 1073 de 2002, donde la Corte hizo algunas precisiones en cuanto a la naturaleza netamente pública de los recursos del régimen subsidiado, pues, señaló en ese entonces, que estos dineros provienen del Sistema General de Participaciones, habida cuenta del origen y consecuentes características de los recursos económicos, cuya gestión corresponde a las administradoras del régimen subsidiado de salud sin importar la naturaleza pública o privada de las mismas.

### 9.3.2.4. Resumen jurisprudencial

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
C.E. Sección 3 Rad. N° 24901. Fecha: 14 de abril de 2005 C.P. Germán Rodríguez Villamizar
<b>Conflicto Especifico</b>
ACCION EJECUTIVA derivada de CONTRATO ESTATAL. Contrato interadministrativo. OBJETO: Administración de recursos del Régimen Subsidiado Prestación de servicios médicos y hospitalarios por parte de la entidad demandante
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
Demandado: Caja de previsión social CAPRECOM. Demandante: Hospital San Francisco de Ibagué
<b>Jurisdicción Competente</b>
Contencioso Administrativo Decisión 1° Instancia Tribunal Administrativo del Tolima. Competente la Jurisdicción Contencioso Administrativa. - Existencia de RELACIÓN CONTRACTUAL entre dos entidades públicas. - Declara no probadas las excepciones de la Ejecutada. - Ordena seguir adelante con la Ejecución conforme al Mandamiento de pago. - Existencia Título ejecutivo complejo, facturas y documentos de Servicio medico y la prestación efectiva del servicio médico. - No existe prescripción Acción cambiaria se presentaron para el cobro dentro de los 3 años según Código de Comercio. - Caducidad, no prospera, rige el Procedimiento civil donde la Acción ejecutiva prescribe en 10 años Art. 2536 C.C
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
Contencioso Administrativo Revoca decisión adoptada por le Tribunal y declara probada la excepción de inexistencia de titulo ejecutivo. Razones: - Calidad Estatal de los contratantes. Hospital San Francisco de Ibagué es una E.S.E. su función es prestar servicios de Salud; constituye una categoría especial de entidad pública descentralizada. De acuerdo al Art. 195 ley 100/93, Régimen de contratos Derecho Privado, excepcionalmente podrá incluir cláusulas exorbitantes. Lo anterior NO necesariamente establece la Jurisdicción competente, pues tratándose de contratos estatales por la cláusula general de competencia Artículo 82 del C.C.A. esta solo puede ser <b>EXCEPTUADA</b> por norma de igual rango legal. Asunto de fondo: - No existencia de titulo valor como tal. - exhibición del titulo, no se suple con la copia al carbón del mismo. Imposible establecer si la firma proviene de la parte ejecutada. - Contenido y montos de las facturas irregulares. - Inexistencia de titulo ejecutivo complejo (los documentos que lo componen deben tener relación con el mismo Negocio Jurídico, mismas partes y para la misma obligación. Acta de liquidación de los contratos ilegal por las partes y objeto

### **9.3.3. Régimen contractual de las empresas de servicios públicos.**

Se rigen por las Leyes 142 y 143 de 1994.

**9.3.3.1. Naturaleza Jurídica:** Teniendo en cuenta las múltiples denominaciones que trae la Ley 142 de 1994, para estos efectos se entenderá el término "entidad prestadora" como el género que incluye todo tipo de prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, ya sean estos oficiales, comunitarios, mixtos o privados, incluso los municipios, como entidades territoriales de carácter oficial, autorizados por la misma norma, para prestar este tipo de servicios.

De acuerdo a la disposición normativa citada y según varias decisiones del Consejo de Estado, las empresas prestadoras de servicios públicos deben tener una de dos formas societarias excluyentes entre si:

- Son Sociedades por acciones
- O son Empresas industriales y comerciales.

Fue del querer del Legislador establecer que todas las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios fuesen por norma general **sociedades por acciones** y por excepción empresas industriales y comerciales del Estado, tal y como se puede evidenciar en el Art. 17 y parágrafo de la ley 142 de 1994.

El honorable Consejo de Estado ha sido consecuente en sostener que el artículo 84 de la Ley 498 de 1998, sólo se limitó a disponer la sujeción de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y de entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos, a la ley 142 de 1994, más no estableció que la Jurisdicción competente para dirimir las controversias contractuales en ellas presentadas era la Jurisdicción Ordinaria.

La clarificación que al respecto ha realizado el Consejo de Estado por vía jurisprudencial es determinante: *‘No se puede negar que los Actos y los contratos de estas mismas empresas se rigen por las normas del Derecho privado, pero de lo anterior no se puede inferir, que la llamada a conocer de las divergencias suscitadas en este tipo de contratos sea la jurisdicción civil; una cosa es la regulación del contrato en si mismo, regidas por las normas de derecho privado y otra el procedimiento*

*aplicable y la jurisdicción que haya de conocer de los litigios originados en él, nada impide que la jurisdicción Contenciosa Administrativa al conocer de dichas controversias, aplique normas sustantivas de Derecho privado, como ocurre en la mayoría de contratos estatales".* C.E. Sección 3ª. Exp. N° 16661 C.P. Ricardo Hoyos Duque, Fallo del 8 de febrero de 2001.

**9.3.3.2. Divergencias en cuanto a la jurisdicción competente en este tipo de contratos.** El análisis de los fallos proferidos por los Tribunales Administrativos en primera instancia permite concluir que el criterio fundamental que manejan es el de considerar que no es la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo la competente para conocer de las divergencias suscitadas en los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos; para ello se basan en:

- Criterio orgánico: en muchas de las decisiones adoptadas por los tribunales se tuvo en cuenta la naturaleza de las partes contratantes así:

La ley 80/93 en su Artículo 2o ord. 1° define como Entidad Estatal, entre otras, a las sociedades de economía mixta, donde el Estado tenga una participación de **más** del 50%. Es decir, si la misma es inferior a ese porcentaje no será susceptible de regirse por el Estatuto General de Contratación. La misma consideración la tienen en cuenta, en tratándose de empresas prestadoras de servicios públicos.

- Criterio de Especialidad.

- Según el artículo 17 de la ley 142 /1994 las empresas prestadoras de servicios públicos, son sociedades por acciones, su constitución y disolución se rige por el Código del Comercio, es decir por normatividad privada, por tanto sus divergencias, incluidas las contractuales las debe dirimir el juez ordinario.

**9.3.3.3 Razones expuestas por el Consejo de Estado.** Las aclaraciones que al respecto hace el Consejo de Estado se pueden resumir de la siguiente manera:

- Criterio Orgánico: Naturaleza jurídica de las E.S.P.,

Modalidades:

- E.S.P. Oficial: Cuando la Nación, entidades territoriales o las entidades descentralizadas tienen el 100% de los aportes.

- E.S.P. Mixta: Cuando el Estado tiene aportes iguales o superiores al 50% (Art.14.5 y 14.6).

La Ley 489/98 establece que hacen parte de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, sector descentralizado por servicios, entre otras, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Empresa Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios y las Sociedades Públicas y de Economía Mixta.

Art. 68 Ibídem: son entidades descentralizadas de orden nacional (...) las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización cuyo OBJETO PRINCIPAL sea el **ejercicio de Funciones Administrativas, la prestación de servicios públicos (...)**.

Se tiene en cuenta la Naturaleza Jurídica de las partes implicadas en la controversia.

- Otras consideraciones:

- Se incluyan en los contratos celebrados por estas empresas las denominadas cláusulas exorbitantes.
- Los contratos de prestación de servicios Art 28 y ss; así como los previstos en los Art. 33,57,116,117 y 118 de la ley 142 son actos controlables por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Principio de Unidad Procesal: Debe ser el mismo Juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, evitando la división de la contingencia de la causa y se produzcan sentencias contradictorias.

- Criterio de servicio público que prestan estas empresas: Servicio Público inherente a **Finalidad del Estado**; éste mantiene la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

Estos servicios podrán ser prestados por el Estado directamente o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.



### 9.3.3.4. Resumen jurisprudencial

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
C.E. Radicación N: 14000, Fecha: 26 de marzo de 1998. C.P: Ricardo Hoyos Duque
<b>Conflicto Especifico</b>
Nulidad y Restablecimiento del derecho Incumplimiento parcial contrato Compraventa. En el Contrato existe Cláusula Penal y Cláusula compromisoria dos instituciones que relevarían a la Jurisdicción Contencioso de conocer el asunto. La entidad Demandada, no acudió para resolver la controversia mediante el Compromiso, sino mediante Acto Administrativo hizo efectiva la Cláusula penal por incumplimiento.
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
<b>Demandante: Sociedad ICHI BAN MOTORS S.A.</b> <b>Demandado: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ</b>
<b>Jurisdicción Competente</b>
C.E. Sección 3 Contencioso Administrativo. Decisión de 1ª Instancia: Tribunal Administrativo Cundinamarca: a)Profiere Auto Admite Demanda. b)Niega Suspensión Provisional de las Resoluciones demandadas. Demandante: inconformidad con lo Negado Apela con Relación a la no Suspensión pues la Demandada no tenia facultades para emitir tales Actos Administrativos.
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
Confirma la providencia del Tribunal <b>RAZONES:</b> Contratos de todas las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen exclusivamente por el D. Privado <b>salvo</b> cuando: a)Se incluyan en ellos cláusulas exorbitantes. b)Los Contratos de prestación de Servicios Artículo 28 y ss; así como los previstos en los Art. 33,57,116,117 y 118 ley 142 son ACTOS controlables por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Además del Art. 39.1 ibídem. <u>Se aplica procedimiento Administrativo y no otro para expedir Actos Administrativos. mediante los cuales se hizo efectiva la Cláusula penal ( pese a que esta no es cláusula exorbitante sino común del derecho privado) y para preservar el principio de Unidad Procesal es entonces el Juez Contencioso el competente.</u> Conforme al artículo 31 de la ley 142 de 1994 y 8 de la ley 143 de 1994, el competente para conocer de todas las controversias derivadas del contrato, todas vez que dos de las <b>llamadas cláusulas excepcionales al derecho común</b> -caducidad y terminación unilateral- fueron incluidas en el contrato que celebró la entidad demandada con la sociedad actora.

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
C.E. Rad: 17234, Fecha: Agosto 31 de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
<b>Conflicto Específico</b>
Incumplimiento Contrato de interventoría, por lo cual el Demandante. pretende se declare el incumplimiento de dicho contrato y se ordene el pago del Saldo por parte de la demandada.
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
<b>Demandante: Carlos Manuel Polo Jiménez.</b> <b>Demandado: Compañía del Acueducto y alcantarillado de Santa Marta METROAGUA S.A. E.S.P.</b>
<b>Jurisdicción Competente</b>
<b>C.E. Sección 3 Contencioso Administrativo.</b> <b>Decisión de 1ª Instancia:</b> Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena 4 julio de 1999 Corresponde dirimir la controversia a la Jurisdicción Ordinaria por las siguientes razones: a) Ley 80/93 Artículo 2 ord. 1º Entidad Estatal, entre otras Sociedades Economía Mixta el Estado con participación de más del 50%. En METROAGUA S.A. E.S.P., el Distrito Cultural e Histórico de Santa Martha solo tiene un 24,5% No es entidad estatal ; infiere entonces que los contratos celebrados por la misma no son susceptible de aplicárseles el Estatuto contractual. b) Según la ley 142 /1994 Art.17 éstas empresas son sociedades por acciones su constitución y disolución se rige por el Código de Comercio
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
Revoca Auto proferido por el Tribunal C.A. del Magdalena. <b>RAZONES:</b> a) En el contrato celebrado existen Cláusulas exorbitantes, por tanto la Jurisdicción Contencioso es competente para conocer de TODAS las controversias que se deriven del mismo. b) Principio de Unidad Procesal: Debe ser el mismo Juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, evitando la división de la contienda de la causa y se produzcan sentencias contradictorias.

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
C.E. Exp. N° 16661 Fecha: 8 de febrero de 2001 C.P. Ricardo Hoyos Duque.
<b>Conflicto Especifico</b>
El Demandante., pretende se declare la Nulidad Absoluta del Contrato de suministro de Energía celebrado entre Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. y Termo Río S.A. E.S.P.
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
<b>Demandante:</b> La Nación – Ministerio de Minas y Energía. <b>Demandado:</b> Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. (sociedad comercial anónima) y Termo Río S.A. E.S.P.
<b>Jurisdicción Competente</b>
<b>C.E. Sección 3ª</b> <b>Decisión de 1ª Instancia:</b> <b>Tribunal Administrativo del Atlántico INADMITE LA DDA</b> <b>Razones:</b> La Nación no tiene legitimación procesal al no tener interés directo pues no es parte del contrato, ni socia de ninguna de las dos entidades que lo celebraron. Nación interpone Recurso de Apelación ante El C.E; la sala confirma Decisión Tribunal y ordena enviar el expediente al Juez Civil Del Circuito de B/quilla. Nación interpone Recurso de Reposición (Art 180 C.C.A.).
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
C.E. Repone y Revoca Auto proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico en consecuencia: a) Admite Demanda de Nulidad Absoluta contra el Contrato celebrado. <b>Razones:</b> <b>a) Marco Normativo E.S.P.</b> Servicio Público inherente a Finalidad del Estado; éste mantiene la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. Estos servicios podrán ser prestados por el Estado directamente o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. <b>b) Naturaleza jurídica de las E.S.P.</b> <b>Modalidades:</b> <b>E.S.P. Oficial:</b> en cuyo capital, la Nación, Entidades territoriales o las entidades descentralizadas tienen el 100% de los aportes. <b>E.S.P. Mixta:</b> Las mismas entidades tienen aportes iguales o superiores al 50% (Art.14.5 y 14.6). Ley 489/98 Rama ejecutiva en el Orden Nacional se integra, en lo referente al sector descentralizado por servicios, entre otras la Empresas Industriales y Comerciales del E., las Empresas Oficiales de Servicio Público Domiciliario y las Sociedades públicas y de Economía Mixta. Art. 68 Ibídem .... entidades descentralizadas de orden nacional .....las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización cuyo OBJETO PRINCIPAL sea el ejercicio de Funciones Administrativas, la prestación de servicios públicos .... <b>c) Naturaleza Jurídica ELECTRANTA.</b> Según sus Estatutos es una Empresa de Servicios Públicos Mixta organizada

como Sociedad anónima pero revisando sus accionistas No existen acciones a favor de Particulares, por lo que se concluye que la entidad es Empresa Oficial de Servicios Públicos y no una Empresa de Servicios públicos Mixta.

**d) Condiciones Particulares del Contrato Celebrado.**

Finalidad del Contrato vinculada directamente con la prestación del servicio públicodomiciliario de energía durante más de 20 años.

No obstante la jurisprudencia del C.E. en cuanto a los Art. 31,32 y 8 de las leyes 142 y143 /1994, No solo es competente la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando en el Contrato se pacten cláusulas exorbitantes; o en los mismos las controversias se refieran a relación jurídica empresa-Usuario; concesión de Recursos Naturales o del medio ambiente, sino cuando el Contrato tiene una finalidad directamente vinculada a la prestación del Servicio.

**e) Los contratos de las E.S.P. domiciliarios se rigen por el D. Privado, pero NO es el tipo de régimen legal el que determina el Juez del contrato, concordante con el Art. 30 L 446/98.**

Existen 2 grandes categorías de Actos contractuales:

**1) Contratos estatales regulados por la ley 80/93 ;** adquieren el carácter de C. Estatal por la calidad de Ente público contratante (- T. organicista). Sus controversias ejecución y cumplimiento conocerá la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**2) Contratos Estatales especiales sujetos a Régimen legal propio.** Por REGLA GENERAL quien conoce de dichas controversias es el Juez Administrativo; en razón de que su Celebración y ejecución constituye Actividad Reglada o ejercicio pleno de una Función Administrativa.

**f) Interés directo de la Nación para solicitar la Nulidad del Contrato.**

Ministerio de minas y energía ejerce Tutela y control Administrativo sobre CORELCA, quien a su vez ejerce tutela administrativa, técnica y financiera de ELECTRANTA y por que CORELCA es una Empresa Industrial y Comercial del E. titular del 88,25% Acciones de ELECTRANTA.

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
C.E. Sent12 Julio de 2001, MP. Alier Hernández Enríquez. Rad 05001-23-25-000-1998-3971-01(19214);
<b>Conflicto Especifico</b>
acción contractual contra empresa INTERCONEXIÓN ELECTRICA – ISA S.A. E.S.P., Pretensión: declare nulidad del acto administrativo de adjudicación de contrato de interventoría y asesoría para el suministro de equipos y materiales, construcción y montaje de la línea de transmisión a 220 KW Proyecto
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
Demandante: SOCIEDAD GOMEZ CAJIAO Y ASOCIADOS S.A. Demandado: INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P.
<b>Jurisdicción Competente</b>
C.E. Sección 3 Contencioso Administrativo: Decisión de 1ª Instancia: <b>Tribunal Administrativo de Antioquia 28 de abril de 200</b> Rechaza por falta de jurisdicción demanda instaurada contra INTERCONEXIÓN ELECTRICA S.A. E.S.P. Ordena remitir el expediente al Juez Ordinario Competente (R). RAZONES: a) Todos los Actos y Hechos que provengan de la E.P.S., así como los contratos que celebren éstas. Sus consecuencias jurídicas son de conocimiento de la J. Ordinaria Artículo 32 Ley 142/94. b) Art. 82 y 83 C.C.A, Tribunales Administrativos incompetentes para conocer Actos de Carácter Privado como el contrato celebrado por la Demandada, se rige por el Derecho Privado.
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
Revoca el Auto Impugnado dispone admisión de la demanda, pues la acción no está caducada y conforme al Artículo 137 - 142 C.C.A. reúne presupuestos de admisibilidad RAZONES: Contrato demando; su objeto no es la prestación de un servicio público domiciliario, pero tiene una cláusula exorbitante razón por la cual la jurisdicción C.A. es la competente, sin decir que la competencia de la Jurisdicción C.A. , se limita a la discusión de las cláusulas exorbitantes contenidas en el respectivo contrato.

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
C.E. Sección 5° Exp N: 47001-23-31-000-2004-01184-01 C.P.: Darío Quiñónez Pinilla. Fecha: 22 de abril de 2005
<b>Conflicto Especifico</b>
Acción Cumplimiento Metroagua S.A. de aplicación a lo Reglado por la ley 142 /94 y le 689 de 2001 en relación al Rompimiento de la Solidaridad, en razón a que la empresa ha incumplido con su obligación legal de suspender el servicio a los arrendatarios morosos, quienes ocupan 4 oficinas del edificio que el administra.
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
Accionante: Eduardo A. Vives L. Accionado: METROAGUA S.A. E.S.P.
<b>Jurisdicción Competente</b>
Contencioso Administrativo Tribunal Administrativo del Magdalena. Niega las pretensiones de cumplimiento por considerar que: El accionante figura como representante legal de la sociedad propietaria de los inmuebles la norma cuyo cumplimiento se demanda establece las partes del contrato de prestación de servicio suscriptor y/o Usuario, no hay claridad en que calidad se acciona. Contra la decisión Administrativa que negó la suspensión existen recursos legales y términos para interponerlos. No es posible aplicar la ley 689 de 2001 entro a regir desde 31 de Octubre del mismo año y sus efectos rigen a futuro. El Demandante Apela de decisión razones: El Demandante reúne las calidades de Representante legal, arrendador general del inmueble y suscriptor pues fue el quien contrato con la empresa el servicio. La peticiones APRA constituir renuencia son diferentes a las establecidas en la ley 142/94. La solidaridad desde antes de la expedición de la ley 689 de 2001, se venia reconociendo jurisprudencialmente.
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
Rechaza la acción por improcedente al contar con la acción contractual que es la que debió hacer valer. Las E.P.S. públicos domiciliarios cumplen funciones administrativas cundo conocen y deciden sobre peticiones, quejas y reclamos de los usuarios o suscriptores Se estableció una autentica vía gubernativa para este sector, sin distinguir la Naturaleza. Mixta, pública o privada de los prestadores, pues estos obran como titulares de funciones Administrativas.

<b>Jurisprudencia, Decisión o concepto</b>
Sentencia CCT- 178-2004. Fecha: 3 de marzo de 2004. MP. Jaime Córdoba T.
<b>Conflicto Especifico</b>
Controversia contractual; acceso, uso, interconexión de telecomunicaciones; modificación unilateral de pago de servicio de interconexión. La Comisión de Regulación al iniciar actuaciones administrativas tendientes a resolver las controversias surgidas por la aplicación de la resolución 463/00 que establecía una nueva opción de pago de cargos de acceso, permitió que se desconocieran los procedimientos acordados para la solución de controversias, asumiendo el conocimiento y decisión de las mismas lo cual solo incumbe a la rama judicial y no a la administración pues entraría a ser Juez y parte, por lo cual se viola el derecho fundamental al debido proceso, Acceso a la Admón. De Justicia, derechos de Defensa e igualdad.
<b>Naturaleza Jurídica de las Partes</b>
Accionantes: TELE ARMENIA, EMTELSA, ETELL, ETB Y E.P.M BOGOTÁ . Accionado: Comisión Reguladora de Telecomunicaciones C.R.T.
<b>Jurisdicción Competente</b>
<b>Consecuencia Jurídica o Resultado</b>
Confirma las Sentencias de tutela que negaron la protección y revoca las que la concedieron La tutelas son improcedentes pues las partes pueden acudir a mecanismos contractuales para dirimir sus diferencias, pero una vez tomada las decisiones por la C.R.T. estas son controvertibles ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. La tutela no se interpuso como mecanismo transitorio ni se demostró perjuicio irremediable. El salvamento de voto es importante en lo atinente a la naturaleza y funciones de la C.R.T., funciones y en lo referente a la contratación Administrativa.

#### **9.4. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS DERIVADOS DE CONTRATOS ESTATALES CON REGIMEN ESPECIAL.**

Las dificultades que se presentan para determinar cual es la jurisdicción facultada para conocer de las controversias suscitadas en los contratos con régimen especial, no solo se dan en el campo de la acción ordinaria contractual, sino también dentro del ejercicio y trámite de acciones ejecutivas.

**9.4.1. Generalidades:** De acuerdo a la normatividad vigente, el contrato estatal (sea el que se rige por la Ley 80 de 1993 o el que goza de régimen especial), constituirá, por sí solo, título ejecutivo, cuando del mismo surja una obligación clara, expresa y exigible. Sobre éste punto, el Consejo de Estado, en fallo No. 2113 del 3 de

marzo de 1997, MP María Elena Giraldo Gómez, sostuvo: *“las obligaciones ejecutables, según la ley procesal civil, requieren de demostración documental en la cual advierta la satisfacción de las condiciones tanto formales, como de fondo. Las primeras miran, a que se trate de un documento o documentos que conformen unidad jurídica; que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena por el juez etc. Las segundas condiciones, de fondo, atañen a que de ese o esos documentos, con alguno de los orígenes indicados, aparezca a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, una obligación clara, expresa y exigible y además líquida o liquidable por simple operación aritmética si se trata de pagar una suma de dinero”*.

Conforme a esa guisa, para configurar el título ejecutivo debe acompañarse a la demanda, los siguientes documentos:

- a. La copia original o autenticada del contrato.
- b. Las cuentas de cobro, facturas, actas parciales de obra, etc.

Cuando se trate de instaurar una demanda ejecutiva para el cobro de obligaciones parciales derivadas de contrato estatal, aquella sólo podrá incoarse antes de que aquel se liquide, pues ocurrida ésta, el título ejecutivo deberá configurarse con el acta de liquidación.

#### **9.4.2. Competencia para conocer de los procesos ejecutivos derivados de contratos estatales que se rigen por Ley 80 de 1993.**

Con la expedición del actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la competencia para conocer de estos asuntos, fue atribuida de manera expresa por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 a la Jurisdicción Contencioso Administrativa así: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y **de los procesos de ejecución** o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”*. (Negrillas fuera de texto). Dicha situación es corroborada por el Consejo de Estado en Sentencia S-414 del 29 de noviembre de 1994, MP Guillermo Chaín Lizcano, en la que señaló: *“...Estima la Corporación que de la norma transcrita claramente se infiere que la Ley 80 le adscribió a la jurisdicción de lo contencioso administrativa la competencia para conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, entendiéndose que se trata en este último caso, de procesos de ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial”*.



Corolario de lo anterior, se debe decir que cuando el título ejecutivo es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, la jurisdicción que conocerá del proceso ejecutivo, será la contencioso administrativa.

#### **9.4.3. Competencia para conocer de los procesos ejecutivos derivados de contratos estatales con régimen especial:**

**9.4.3.1 Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios:** Como quedó dicho, no ha sido pacífica la discusión respecto a la jurisdicción que debe conocer sobre las controversias ordinarias y ejecutivas derivadas de los contratos suscritos por éste tipo de entidades.

En efecto, el inciso 3º del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, establecía lo siguiente: *“Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los jueces competentes o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo a las normas del derecho civil y comercial”*.

Con base en la norma descrita, tanto el Consejo de Estado como el Consejo Superior de la Judicatura, hicieron sus propias interpretaciones respecto a ella. El primero de ellos sostuvo que la jurisdicción contencioso administrativa era la competente para conocer de los procesos ejecutivos por obligaciones derivadas de la prestación de servicios públicos. El segundo era del criterio, en principio, de que la justicia ordinaria debía conocer del ejecutivo si el demandado era un particular, aunque el título base de recaudo proviniera de un contrato estatal, sin embargo, con posterioridad, esta corporación cambia de posición, para afirmar que la competencia recaía en la jurisdicción especializada, sin importar si el demandado fuera una entidad pública o un particular,

Por otra parte, en concepto No. 931 del 16 de junio de 1997, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, MP. Luis Camilo Osorio Isaza, señaló: *“En consecuencia, el régimen aplicable en materia de competencia cuando el contrato es celebrado por la empresa de servicios públicos oficial (art. 14.5) o una empresa de servicios públicos mixta con aportes públicos superiores al 50% es el correspondiente a la jurisdicción contencioso administrativa (L. 80 de 1993, art. 75), sin perjuicio de la solución directa de controversias*

*contractuales (conciliación, amigable composición y transacción, art. 68 ibídem).*

*En el caso de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos privadas con aportes de capital mayoritario de particulares (art. 14.7 LSPD) regidas por el derecho privado, mixtas con aportes iguales del Estado y de los particulares o sea del 50% cada uno (art. 14-6, ibídem), el juez competente es el ordinario”.*

Posteriormente, la Sección 3ª del Consejo de Estado, mediante Auto del 9 de octubre de 1997, MP. Ricardo Hoyos Duque, modificó el anterior criterio exponiendo lo siguiente: *“de conformidad con el inciso tercero del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, los procesos que se adelanten para la ejecución forzada de las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos domiciliarios deben tramitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el caso de las empresas de servicios públicos privadas o mixtas y por jurisdicción coactiva en el caso de las empresas oficiales”.*

Luego, la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, estableció que la competencia para conocer de procesos ejecutivos que tengan como títulos de recaudo facturas de cobro de prestación de servicios públicos domiciliarios y de facturas de alumbrado público, corresponde a la jurisdicción ordinaria civil. *“... Las demás derivadas de la prestación de servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del derecho civil y comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público”.*

Con base en dicho precepto normativo, la Sección 3ª del Consejo de Estado, en Sentencia del 19 de febrero de 2004, MP. Germán Rodríguez Villamizar, dispuso: *“a partir de la entrada en vigencia de la Ley 689 de 2001, que fue el 1º de noviembre de ese mismo año, la competencia para conocer de procesos ejecutivos en donde el título de recaudo lo constituyan facturas de cobro por prestación de servicios públicos domiciliarios o de alumbrado público, corresponde a la jurisdicción ordinaria civil”.*

Vale la pena citar, a manera de resumen, la síntesis jurisprudencial que sobre el tema trae el Auto del 30 de septiembre de 2004, emitido por la Sección 3ª del Consejo de Estado, MP Nora Cecilia Gómez Molina.

Dicha decisión comienza por señalar que la Ley 142 de 1994, artículo 31, al regular los contratos que celebran las entidades estatales que prestan servicios públicos, dispuso que aquellos no estarían sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

Empero, el inciso 2º del mismo artículo estableció la posibilidad de que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de las cláusulas excepcionales. Cuando esa inclusión fuera forzada, todo lo relativo a dichas cláusulas se regirían, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejercen esas facultades estarían sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como se nota, la norma descrita generaba en la práctica que el criterio de las cláusulas excepcionales sea el fundamental para definir la normatividad aplicable y el juez competente.

Luego, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante auto del 23 de septiembre de 1997, señaló que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios estaban sometidos, por regla general, al derecho privado, y sus conflictos debían dirimirse por la jurisdicción ordinaria y sólo se aplicaría normas de derecho público (jurisdicción especializada), cuando en los contratos se hubieran consagrado cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación.

Con posterioridad, el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, le asignó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para conocer de los contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente con la prestación del servicio.

El artículo 3º de La Ley 689 de 2001, modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, señalando que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos, no estarían sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, salvo en lo que la misma norma se disponga otra cosa.

De la misma manera dispuso que las Comisiones de Regulación podrían hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes, en cierto tipo de contratos de cualquier empresa de servicios públicos. Cuando esa inclusión fuera forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regiría, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos y contratos en los que se utilicen dichas facultades estarían sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Hasta ahí, no se evidencia modificación alguna, pero el párrafo de la misma norma señaló: *“Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”*

Por tanto, en virtud de la Ley 689 de 2001, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejercerá el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector.

**9.4.3.2. Universidades Estatales u Oficiales:** Como quedó expuesto, los contratos que celebran estas entidades se rigen por la Ley 30 de 1992. El auto del Consejo de Estado del 20 de agosto de 1998, MP Juan de Dios Montes Hernández sobre el tema dijo: *“(…) La circunstancia según la cual la Ley 30 de 1992 ha dispuesto que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado, no significa que el juez del contrato haya dejado de pertenecer a la jurisdicción administrativa para atribuirle esa función a la justicia ordinaria civil.*

*Razonar así sería caer en un entinema 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, 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 de derecho privado, no tiene por este solo hecho la capacidad de 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, como antes se expuso.*

*En consecuencia, la interpretación acorde con el orden constitucional y legal es aquélla que centra su atención en la función administrativa que desarrollan las universidades estatales u oficiales al contratar, para luego deducir que el juez del contrato corresponde a la jurisdicción administrativa, de conformidad con el artículo 82 del C.C.A.*

*En conclusión, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales especiales y de los procesos de ejecución o cumplimiento en razón de los mismos, que celebren las universidades estatales u oficiales, es el de la jurisdicción contencioso administrativa”*

En síntesis, cuando se pretenda ejecutar los contratos celebrados por las universidades estatales u oficiales, la competencia para conocer del proceso recaerá en la jurisdicción contencioso administrativa, a diferencia de lo que ocurre con las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuyos procesos de ejecución de los contratos que suscriben ellas, por regla general les corresponde dirimirlos a la justicia ordinaria civil.

**9.4.3.3 Empresas Sociales del Estado:** Para los procesos ejecutivos derivados de los contratos que celebran éste tipo de entidades estatales, se aplican los mismos criterios esbozados para las empresas de servicios públicos domiciliarios, por tanto, por regla general, aquellos juicios serán de conocimiento de la justicia ordinaria.

## 10. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS .

A título de conclusión, se considera conveniente entonces aclarar los siguientes puntos conceptuales, sobre los cuales se estima existen demasiadas confusiones, incluso por nuestros mismos jueces de la república.

**Contratos de derecho privado y de derecho público:** Todos los contratos celebrados por el Estado, sin importar que se trate de una entidad del nivel central o descentralizado (territorialmente o por servicios), del orden nacional, distrital, departamental o municipal, contienen principios y estipulaciones normativas propias del derecho privado; sólo de manera excepcional adoptan disposiciones de derecho público. Así lo hace saber el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 cuando reza: “ *ARTICULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las **disposiciones comerciales y civiles pertinentes**, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley*” (negrillas fuera de texto)

Lo anterior indica que si bien es cierto que algunas entidades estatales, en materia de contratación, se encuentran reguladas por la Ley 80 de 1993, ello no quiere decir que a sus contratos no se les aplique las disposiciones contenidas en el derecho privado; ¿cómo interpretar un acuerdo de voluntades sin contar con los meritorios aportes del código civil?

Impera concluir sobre éste tópico que la contratación estatal no es ajena al derecho privado, las disposiciones de éste se han venido consolidando en Colombia desde cientos de años atrás, a diferencia de las normas de contratación pública, que como se demostró con anterioridad, datan apenas del siglo pasado.

**Función Pública y Servicio Público:** Como ya se sabe, han sido muchos los criterios que se han manejado para establecer la competencia para conocer la controversias suscitadas en los contratos estatales, como por ejemplo la estipulación o no de cláusulas excepcionales, la prestación o no de un servicio público, el sólo hecho de que una de las partes sea entidad estatal o a contrario sensu, que la contratante no esté dentro de las entidades señaladas

en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. En fin, son muchos los juicios que se han lanzado sobre el tema, sin embargo, a continuación señalaré con cierto detalle los puntos de vista actuales que se han esbozado al respecto.

Fundamental resulta para los efectos de los que se trata, determinar con precisión las diferencias que existen entre el concepto de función pública y servicio público. Para ello se debe partir de la sentencia C-037 de 2003, la cual dejó en claro que el ejercicio de la función pública requiere previamente de una norma constitucional o de una ley que así lo autorice, por tanto no es viable que se pueda ejercer esa función por virtud de un contrato.

La Corte Constitucional en el fallo referido sostuvo igualmente que los servicios públicos como la educación, la salud, la gestión ambiental, los domiciliarios, registro y notariado, no siempre implican ejercicio de función pública, pues para ello se necesita que cada caso en concreto esté presente el elemento distintivo de la función pública, esto es la autoridad.

Es que en verdad, para la Corte, función pública es sinónimo de ejercicio de autoridad, que implica encontrarnos ante una situación legítima de desigualdad. Por ello, sólo cuando un particular está investido de una posición superior y puede dictar órdenes, actos unilaterales o señalar conductas, se podría hablar de ejercicio de función pública.

Los planteamientos que han quedado dichos, tienen una notoria importancia cuando de contratación estatal se trata, los cuales se pueden resumir así:

*“impone acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, establecida en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, según el cual:*

*“La jurisdicción de lo contencioso administrativa está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las demás personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado (...).”*

*De acuerdo con esta disposición, la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, surge del hecho de que una controversia revista de carácter administrativo, circunstancia que*

*podrá presentarse cuando en el proceso sea parte una entidad pública o una persona privada que desempeñe funciones públicas”* (C.E, MP Alier Hernández, expediente 27673, del 17 de febrero de 2005).

Menester es ultimar, bajo aquellos sustentos, que todos los contratos estatales, en los cuales se encuentren involucradas entidades que no cumplen por esencia funciones públicas, sino que su objeto social principal se limita a la prestación de un servicio público, como por ejemplo, educación, salud, medio ambiente, las controversias que en ellos se susciten, deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, la especializada las abordará en los casos en que esté de por medio actuaciones que denoten ejercicio de autoridad.

Este nuevo criterio, no sólo ha influido en materia de responsabilidad contractual; también lo ha hecho en el ámbito extracontractual, tal y como lo deja ver el auto de la sección 3ª del Consejo de Estado de fecha 7 de diciembre de 2005, expediente 38.242, MP. María Elena Giraldo Gómez, en el cual, citando la sentencia antes descrita, se decide remitir una demanda de reparación directa contra una E.P.S. a la jurisdicción ordinaria, puesto que se consideró que la prestación del servicio de salud, no implica una prerrogativa del Estado.

Bajo ese contexto, y en vista de la tendencia que viven los estados modernos de limitarse a regular y controlar, más que de ejercer propiamente funciones públicas, hace pensar la posibilidad de que a futuro, ningún contrato celebrado por una entidad estatal, llegue a conocimiento de la jurisdicción especializada.

Resulta paradójico entonces que luego de varios años de lucha, de “evolución y revolución” de criterios y teorías, de largas controversias jurídicas y legales por lograr la estructuración de una jurisdicción propia para el Estado, se esté regresando a los mismos planteamientos que durante muchos lustros regulaban los conflictos sociales – públicos, al menos en lo que a contratación estatal respecta.

Bajo la tesis que prima en la actualidad, vale la pena preguntarse ¿qué sucede cuando la que contrata una obra civil es una entidad territorial, y sobre ese acuerdo de voluntades surge un conflicto contractual? ¿Será que esa entidad se encuentra en ese momento ejerciendo función pública? ¿es posible manifestar que se encuentra actuando investido de autoridad o poder, o más bien, busca exclusivamente garantizar la prestación de un servicio público que



implicaría, como se sabe, que aquella controversia sea aprehendida por la jurisdicción ordinaria?

Y es que en verdad no debe olvidarse que la propia Ley 80 de 1993, en su artículo 3º establece: *“DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.- Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, **la continua y eficiente prestación de los servicios públicos** y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”* (Negrillas mías).

Así las cosas, me atrevo a formular la siguiente tesis: Si el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone que el fin de la contratación estatal es la prestación del servicio público, entonces podría decirse que es posible aplicar la actual teoría del Honorable Consejo de Estado igualmente a los contratos suscritos por entidades públicas que se rigen por la Ley 80 de 1993, cuando no hayan sido estipuladas las cláusulas excepcionales.

Claro que existiría una limitante normativa y es la contenida en el artículo 75 ibídem, que expresa: *“DEL JUEZ COMPETENTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”*.

Sin embargo, se puede decir que se cuenta con abundantes elementos de juicio, que pueden adoptarse para una posible reforma legal y en ese sentido hacer mucho más extensiva la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado.

Pero, valdrá la pena que siga subsistiendo dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias contractuales estatales? Si bien se han ido forjando criterios que permiten, bien o mal, determinar en un momento dado cuál de ellas ostenta tal facultad, sigue siendo bastante complicado no incurrir en errores al instante de entablar la correspondiente acción. Es que en honor a la verdad, a veces no resulta fácil dilucidar si la entidad estatal está o no en ejercicio de una función pública.

Bajo ese contexto, soy del criterio de que sea a una sola jurisdicción que se le atribuya competencia para resolver los conflictos

contractuales públicos, sin que me incline por alguna en especial, puesto que concurren criterios a favor de cada una de ellas.

Si el contrato estatal se fundamenta en normas y principios del derecho privado, debería ser la jurisdicción ordinaria la autoridad precisa para zanjar las discordias que en ellos se presentan, sin que se tenga en cuenta la consagración o no de cláusulas excepcionales, sin importar si la entidad estatal ejerce función pública o busca garantizar la prestación de un servicio y sin que interese que la entidad estatal haga parte del listado contemplado en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

Pero también es plausible fijar dicha competencia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que se trata de controversias del orden público, en las que hace parte una entidad estatal, razón suficiente para establecer en ella la facultad para conocer de los conflictos contractuales; ¿acaso no fue un avance conformar toda una estructura judicial especializada que se encargue de juzgar aquellos asuntos en que se encuentre comprometido un organismo público?

Para finalizar, lo que se trata es de hacer una crítica constructiva respecto a la situación que se padece actualmente. La dualidad de jurisdicciones genera confusión en los administrados, circunstancia que puede solucionarse con el otorgamiento, incluso legal, de una competencia exclusiva y excluyente a una sola jurisdicción, encomendándole la solución de las controversias contractuales suscitadas en los contratos estatales.

## BIBLIOGRAFIA

CASTRO, Jaime, en Economía Colombiana, Octubre 2001.

CARREÑO, Pedro. Apuntes sobre derecho administrativo. Edit. Cromos, Bogotá, 1934.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección 5ª. Rad. 47001-23-31-000-2004- 01184-01. Consejero Ponente Dr. Darío Quiñones Pinilla.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección 3ª. Sentencia del 20 de abril de 2005.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección 3ª. Sentencia del 3 de Marzo de 2005, Rad. 85000-23-31-000-1997-0456-01(15322).

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección 3ª. Sentencia del 14 de Abril de 2005, Rad. 730012331000200102303-01(24901).

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia del 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente: ALVARO TAFUR GALVIS.

EXPOSITO, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública.

HENAO, Hadrón Javier, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1993.

HERRERA, Benjamín. Contratos Públicos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2004.

NARANJO, FLOREZ. Carlos Eduardo, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Edit. Legis. 2006.

## JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

C.E. Sent. Agosto 20/98, Exp. 14202; Auto 8 Feb /01 Exp. 16.661
C.E. Sentencia 11 Nv/ 04 Exp. 27104
C.E. Seccion 3ra Auto 5 Abr/01 Exp.17.784
C.E. Sentencia 27 Mar/03 Exp. 22900 C.P. Mria Elena Giraldo Gomez
C.E. Auto 23 Nov/ 95 Exp 11310
C.E. Sent Junio 6/02 Exp. 20634
C.E. Sent Sala Plena 13 Dic/94 Exp- A.C.-1415
C.E. Secc 1ra. Exp. 3.762
C.E. Sent. 6 Nov/98 Exp. 10832
C.E. Auto 14 Ag/03 Exp. 22.848
C.E. Expd 18937 Doctor German Rodriguez Villamizar; Jurisdicción competente para el conocimiento de proceso de ejecución de los contratos estatales
C.E. Radicación 17598 de 2001 Dr. German Rodriguez Villamizar. C.E. 16871 de 2002.
C.E. Exp. 17.244 de 2002 C. Ponente Alier E Fernández Enríquez
C.E. Exp. 25.617 de 2004 Maria Elena Giraldo Gomez Juez contencioso competente para dirimir controversias en ejecución de contratos
Corte Constitucional C- 662/2004 Rodrigo Uprimhy Yepes.
C.E. Exp. 11318 de 2000 C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Exp. 15298 de 2000. Jesús María Carrillo B. Prestación de servicios públicos Jurisdicción competente.
C.E. Exp. 9360 de 1995. C.P. Carlos Betancourth Jaramillo. Caducidad de reclamos contractuales; Exp. 9180 de 1994. C.P Carlos Betancourth J. Jurisdicción competente.
C.E. Exp. 15480 de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Jurisdicción Contencioso. Competencia materia contractual.
C.E. Exp. 15225 de 2000.C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Contrato de Servicios Públicos Naturaleza jurídica.
C.E. Exp. 6561 y 8832 de 1994. C.P. Juan de Dios Montes H. Controversia Jurisdicción Contencioso.
C.E. Exp. 7489 de 1992. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Competencia del Consejo de Estado y Tribunales.
C.E. Sentencia 12383 de 2001. Servicios Públicos – Actos Administrativos.
C.E. Sentencia 12967 de 1997. S.P.D. Jurisdicción; Sentencia No. 11653 de 1996. Jurisdicción; Sentencia 2837 de 1995.