



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**Contratación pública
Crisis del control de legalidad del acto
administrativo de adjudicación**

Juan Carlos Garzón Martínez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Doctorado en Derecho
Bogotá, Colombia
2017

Contratación pública Crisis del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación

Juan Carlos Garzón Martínez

Tesis de grado para optar al título de:
Doctor en Derecho

Director:
Dr. Héctor Enrique Quiroga Cubillos

Línea de Investigación: Dogmática

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Doctorado en Derecho
Bogotá, Colombia
2017

Resumen

El trabajo de investigación doctoral, se estructuró con la finalidad de demostrar (probar o improbar), la hipótesis de la necesidad de un nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación (acto transversal de la actividad contractual), habida cuenta que el sistema actual no cumple los supuestos de una tutela judicial efectiva (restitutoria – resarcitoria); consecuentemente demostrar las debilidades e inconsistencias del actual control difuso de legalidad; así, como la incoherencia que existe entre el marco normativo sustancial y principalístico, frente a las normas de carácter procedimental y procesal.

En esta investigación, se visibiliza las inconsistencias del control difuso de legalidad y la incoherencia de las normas sustanciales y procesales, que conlleva a dejar vacío o incumplido, los fines de la contratación pública. Esa es la razón para que se cuestione la normativa de control actual frente a los conceptos de justicia, vigencia, validez, eficacia, que la doctrina y el propio órgano judicial, vienen aceptando y aplicando de manera pacífica, bajo el criterio formal de la vigencia; sin analizar, los conceptos de justicia, validez y eficacia de esa normativa, frente a los fines de la contratación pública.

Por lo anterior, se demuestra la necesidad de una modificación de la indicada normativa, que elimine esa incoherencia y permita, en tiempo real, materializar los fines de la denominada “*contratación de las entidades públicas*”.

Este trabajo de investigación, es esencialmente de “*lege ferenda*”, habida cuenta que la solución que se sostiene y propone, no radica en: (i) describir y realizar una función de sistematización de la normatividad contractual y elaborar, determinados criterios interpretativos; (ii) tampoco, tiene como finalidad, el explicar y justificar, una determinada interpretación de la normativa contractual, es decir, tampoco se centra en una tarea de “*lege data*”, si bien, en el desarrollo de la investigación, se analizan diferentes problemas

de naturaleza interpretativa, la finalidad tampoco radica en sostener la prevalencia de una determinada interpretación; (iii) por el contrario, una vez, analizado el respectivo problema de investigación, la hipótesis se fundamenta en sostener que la solución no puede obtenerse dentro del vigente marco normativo de la actividad contractual estatal, por esa razón, se avanza en el sentido, de la necesidad de una modificación al derecho positivo vigente en esa materia.

Palabras claves: “*acto administrativo de adjudicación*”; “*tutela judicial efectiva*”; “*tutela resarcitoria*”; “*tutela restitutoria*”; “*actividad contractual pública*”, “*normas procesales*”; “*normas sustanciales*”; “*control de legalidad*”.

Abstract

This doctoral research Project has been structured with the aim of demonstrating (either proving or disproving), the hypothesis regarding the need to apply new control methods to ensure the legality of the administrative act of adjudication (a cross-cutting, contractual act), taking into account that the current system does not comply with the premises of current legal custody (whether restorative or reparatory), consequently the weaknesses and inconsistencies of the current diffuse control of legality shall be demonstrated; as well as the lack of coherence existing between the substantive normative framework and the principle-centered normative framework, with regards to their procedural character.

In this research project, the inconsistencies in the diffuse control of legality and the incoherence of both substantial and procedural standards, which leads to a vacuum or non-compliance with public procurement objectives are identified. For this reason, current control standards that are linked to justice, effectiveness, validity and efficacy are questioned here, these standards are accepted and applied by both legal organizations and legal doctrine in a peaceful manner, under the formal criteria of effectiveness; without first analyzing the concepts of justice, validity and efficacy pertaining to the standard, in line with the objectives of public procurement.

In view of the aforementioned, the need to modify the standards outlined above is demonstrated below, with the aim of eliminating said incoherence and allowing for the materialization, in real time, of the objectives of “*public procurement*” as it has been called.

This research project is essentially “*lege Ferenda*”, taking into account that the solution that is sustained and proposed here, does not rely on: (i) describing and carrying out a function of sistematization of the procurement standards and elaborating specific interpretation criteria; (ii) neither does it aim to explain or justify a specific interpretation of contractual standards, in other words, it doesn’t center around a “*lege data*” task, although, throughout the research development, different problems of an interpretive nature are analyzed. The end doesn’t require a specific interpretation to be prioritized either; (iii) quite the contrary, once the respective research project has been analyzed, the hypothesis is grounded in the fact that the solution cannot be obtained within the current normative framework of public procurement and therefore, progress can be made insofar as the need to modify current positive law in this area, exists.

Keywords: “the administrative act of adjudication”; “current legal custody”; “reparatory custody”; “restorative custody”; “*public procurement activity*”, “*procedural standards*”, “*substantive standards*”; “*control of legality*”.

Contenido

	Pág.
Resumen y Abstract	V
Lista de tablas	XIII
Introducción	
1. Justificación.....	1
2. Problema de Investigación	5
3. Estado del arte	5
4. Hipótesis	8
5. Marco teórico.....	9
6. Metodología.....	13
7. Itinerario	15
Capítulo Primero	
Contextualización general Estado - Administración - Ciudadano - Derecho	
Administrativo	17
1. Transformación del Estado.....	19
1.1. Estado nación – estado de derecho – estado social de derecho.....	19
1.1.1 Estado nación	19
1.1.2. Estado de Derecho - Estado Social de Derecho	20
1.1.3. El Estado posmoderno.....	26
2. Administración pública y derecho administrativo.....	28
2.1. El fenómeno de la huída hacia el derecho privado	36
3. Derecho Administrativo – Ciudadano: Prerrogativas – Garantías.	40
3.1. Las transformaciones de la ciudadanía:	40
3.2. De la noción de Súbdito - Administrado - Ciudadano.....	41
4. Derechos públicos subjetivos	46
Capítulo Segundo	
La actividad contractual pública.....	69
I. Etapa o fase precontractual.....	70

1. Connotaciones políticas de los procedimientos de contratación.....	72
1.1. La licitación pública y el régimen liberal.	73
1.2. La libre elección del CO – Contratante y el Estado intervencionista.	73
1.3. La licitación pública en la realidad jurídico- política y sus perspectivas futuras. ...	75
1.4. Principios jurídicos de los procedimientos de selección.	78
2. El Procedimiento Administrativo Precontractual – Elección del CO-Contratante	83
2.1. La etapa precontractual y el ordenamiento jurídico colombiano.	85
2.1.1. Fases principales del procedimiento licitatorio.....	86
II. La actividad contractual: grandes debates relacionados con el denominado “ <i>contrato público</i> ”	113
1. Diferentes concepciones frente a la institución jurídica del contrato administrativo.....	113
2. Las discusiones sobre una verdadera sustantividad del denominado contrato público.	118
3. La incidencia del poder legislativo y el contrato público.....	126
4. La tensión jurídica entre la relación del contrato público y el acto administrativo. ..	128
5. Autonomía de la voluntad y el contrato estatal.....	129
5.1. Teorías sobre la prelación de la autonomía de la voluntad y el contrato estatal:	132
6. Las discusiones relacionadas con la teoría dual o unitaria de la actividad contractual pública.....	142
6.1. El concepto de “contrato estatal” conllevó que nuestro ordenamiento jurídico se ubicara en la tendencia de la tesis unitaria del contrato?.....	146
7. El régimen jurídico del contrato estatal: derecho privado – derecho público?.....	147
8. La coexistencia de la institución del equilibrio económico y del riesgo contractual.	157
8.1. El principio del equilibrio económico:	158
8.2. De la noción de riesgo contractual	161
8.3. La noción de equilibrio económico del contrato (principio excepcional) - el concepto de riesgo contractual (regla general).....	166
9. Potestades unilaterales – cláusulas excepcionales.....	169
9.1. Potestades Unilaterales.....	169
10. Terminación unilateral –Nulidad absoluta del contrato estatal: la justificación de esa diferenciación?.....	175
11. Liquidación del contrato: principales controversias	180

11.1. La liquidación y el contrato estatal	184
11.2. Contenido de la liquidación de los contratos estatales	185
11.3. Oportunidad o plazo para la liquidación de los contratos	186
11.4. La competencia para liquidar el contrato: sede administrativa – sede judicial ..	188

Capítulo Tercero

La política legislativa y reglamentaria: una causa más de la crisis de nuestra

actividad contractual pública..... 193

1. Visión general de la ley 80 de 1993.....	193
2. Visión general Ley 1150 de 16 de julio de 2007	203
3. La facultad reglamentaria y la contratación estatal	208
5. Régimen jurídico de naturaleza exceptiva al estatuto general de contratación pública.	221
5.1 Por la naturaleza jurídica de la entidad.....	222
5.2 Por el objeto del contrato.....	224
6. Ley 1882 de 2018 (última reforma vigente en materia de contratación pública).....	225
6.1. Precisiones Previas.	225
6.1.1 Normas para el fortalecimiento, eficiencia y transparencia de la contratación pública (Art. 1 de la Ley 1882 de 2018, por medio del cual se adiciona el artículo 30 de la Ley 80 de 1993)	228
6.1.2 La responsabilidad de consultores, asesores externos, interventores (artículo 2 Ley 1882 de 2018, que modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993).....	229
6.1.3 De la competencia del Gobierno Nacional en materia de estandarización de pliegos de condiciones (art. 4 de la Ley 1882 de 2018, que modifica el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007):	230
6.1.4 La finalidad de los pliegos estandarizados o pliegos tipo.	231
6.1.5 Modificaciones en materia de Selección Objetiva (artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, modifica el parágrafo 1 y adiciona los Parágrafos 3, 4 y 5 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007)	232

Capítulo Cuarto.....235

La crisis del Control de legalidad de la actividad contractual pública - acto

administrativo de adjudicación..... 235

I. Control de legalidad difuso del contrato público	236
1. Jurisdicción Contencioso Administrativa: Diferentes medios de control - Acción Popular - Arbitramento	236

2. El contrato estatal y la acción popular	237
3. El arbitramento en la contratación estatal	253
3.1. Noción preliminar del arbitramento.....	253
3.2. El arbitramento en el ordenamiento jurídico colombiano	255
3.2.1. Evolución normativa en el derecho privado	255
3.2.2. Evolución normativa en el derecho público - Contrato estatal.....	259
3.2.3. Principales debates de la justicia arbitral y el contrato estatal.....	261
4. El control de legalidad de los actos administrativos (acto administrativo de adjudicación).....	261
4.1. En vigencia de la Ley 80 de 1993	261
4.2. En vigencia de la Ley 1563 de 2012	264
5. La renuncia de las partes a la cláusula compromisoria en el contrato estatal	265
5.1. La anterior línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado. – Sección Tercera	266
5.2. La nueva sentencia de unificación en esta materia	269
5.3. Algunos comentarios frente a este interesante debate procesal.....	273
6. Las causales de nulidad del laudo arbitral	276
II. Control de legalidad del acto administrativo de adjudicación: sede administrativa – sede jurisdiccional.....	277
1. Irrevocabilidad - Revocabilidad del acto administrativo de adjudicación (Sede Administrativa).....	277
1.1. Revocabilidad del acto administrativo de adjudicación.	279
2. Control de legalidad del acto administrativo de adjudicación en sede jurisdiccional.....	280
2.1. Una historia pacífica frente al control del acto administrativo de adjudicación.....	283
III. La problemática que encierra el actual control de legalidad del acto administrativo de adjudicación	286
1. Etapa o fase precontractual en el derecho privado	294
2. Etapa o fase precontractual en el derecho público.....	296
3. De la indemnización de perjuicios ocasionados en la etapa precontractual desde una perspectiva público – privada: la utilidad dejada de percibir.....	304
3.1. La jurisdicción ordinaria y la indemnización de perjuicios.....	304
3.2. De la utilidad como perjuicio ante el H. Consejo de Estado.....	305
4. El Procedimiento Administrativo precontractual como fuente o Causa de Responsabilidad Patrimonial.....	313

4.1. Principio de la prevalencia del interés general	317
4.2. Principio de legalidad.....	319
4.3. El procedimiento administrativo: daños extraprocedimentales	320
1. De la propuesta de un nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación.	341
2. De las normas objeto de modificación o derogatoria:	348
3. Diferencias entre el actual sistema de control de legalidad del acto de adjudicación y la propuesta de control de legalidad.	350
5. Conclusiones	353
Bibliografía General.....	363
1. Doctrina Nacional e Internacional	363
2. Sentencias.....	386
3. Leyes y demás documentos normativos	421

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. Control Constitucional.....	207
Tabla 2. Número de Decretos Reglamentarios Expedidos	215
Tabla 3. Control de Legalidad de los Decretos Reglamentarios.....	215
Tabla 4. Porcentaje de inexecuibilidad o nulidad.....	215

Introducción

1. Justificación

Históricamente, la contratación pública se ha concebido como un instrumento jurídico al servicio de la administración, para satisfacer determinadas necesidades públicas (ejecutar una obra, prestar un servicio público o adquirir un suministro), con base en ese carácter instrumental, se ha formado la noción de contrato administrativo, caracterizado por la presencia de una administración pública dotada de prerrogativas frente al contratista. Sin embargo, la contratación pública es mucho más que una simple técnica jurídica, es también una importante herramienta económica, susceptible de ser utilizada de forma táctica por los gobiernos, para el logro de determinados fines políticos y al mismo tiempo, una actividad estratégica con capacidad para impulsar determinadas políticas sociales y ambientales. Esta triple función (instrumental, táctica y estratégica) integran las tres caras visibles de la contratación pública, conformando su régimen jurídico¹.

La Administración pública para satisfacer las necesidades colectivas precisa utilizar personas y cosas; para lograr los servicios de las primeras y la propiedad de las segundas, requiere la participación indispensable de los ciudadanos. Esa participación de los particulares la obtiene en forma obligatoria o voluntaria. En términos de orden general, puede afirmarse que la Administración actúa de manera unilateral, mediante la expedición de los denominados actos administrativos (con imperium, la voluntad del particular no cuenta, ni se considera); de igual manera cuando la participación de los particulares es voluntaria, actúa de manera bilateral, es decir, mediante un acuerdo de voluntades: contractualmente.

Sin embargo, esas nociones de “*acto administrativo*” y “*contrato*”; no son tan simples y

¹ Hernández González, Francisco L. (Director). El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia. Thomson Reuters Aranzadi. 2016.

sencillas, como a primera vista puede pensarse, por el contrario frente a las mismas se ha desarrollado grandes e interesantes controversias, que en últimas tienden a justificar: (i) si se requiere o no la coexistencia de esas dos grandes categorías en derecho público; o de una manera más puntual, si se requiere la categoría de “*contrato administrativo*”, y si el acto administrativo es esencialmente de naturaleza unilateral². El tema de la unilateralidad o de la bilateralidad, está centrado en el papel y el alcance jurídico que se le otorgue a la voluntad del ciudadano, en la “*formación*” y “*efecto*” del acto administrativo; esa es la razón que ha conllevado, que la noción de acto administrativo bilateral no sea generalmente aceptada y más aún que quienes aceptan esa bilateralidad del acto administrativo la limitan a los “*contratos celebrados entre entes públicos*” y otros, extienden esa noción de bilateralidad igualmente al “*contrato entre el Estado y los particulares*”³. (ii) Otro dilema fundamental, se refiere, no a la relación acto administrativo – contrato público, sino sobre la propia sustantividad del denominado contrato estatal, que justifique su existencia y diferencia respecto al contrato clásico de derecho privado. En este sentido, la noción de contrato público (tampoco es pacífica), se parte por precisar, que la voluntad del sujeto que se vincula con la administración pública, concurre como elemento esencial para la creación del negocio jurídico; esa voluntad se combina con la voluntad de la Administración para producir efectos jurídicos: es el contrato administrativo; se quiere resaltar igualmente, que aún dentro de la corriente jurídica, que acepta la existencia del contrato público, a nivel de la relación con la administración, la controversia se centra en definir “*si esa relación contractual es de naturaleza privada (para esta tendencia, los contratos que el Estado celebra, no pertenecen, más que a una sola categoría: la de los contratos privados), o por el contrario se está frente a una categoría más específica, la del contrato propiamente administrativo*”⁴.

Estas primeras controversias, han venido siendo analizadas y definidas a nivel doctrinal, rescatando que el discurso hegemónico se puede sintetizar en: admitir la noción de acto

² La noción de acto administrativo, no es pacífica, coexisten diversos criterios para su conceptualización, se resaltan las corrientes que reducen el concepto de acto administrativo, sólo a los actos unilaterales y las que consideran que la noción de acto administrativo, comprende igualmente los actos bilaterales (fusión de la voluntad del Estado y de un particular). Dromi, Roberto. El Acto Administrativo. Buenos Aires. Editorial. Ciudad Argentina. Tercera Edición 2000; Cassagne Juan Carlos. (Director) Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo I. 1ª edición. Editorial La Ley, 2013.

³ Marienhoff, Miguel S.- Tratado de Derecho Administrativo Tomo III – Contratos de la Administración Pública. Teoría general y de los contratos en particular. 1970

⁴ Después de aceptar y criticar diversas teorías para sostener la noción de contrato administrativo, se ha acogido la “teoría de las cláusulas exorbitantes del derecho privado”; lo que encierra otro problema y es el alcance conceptual de las denominadas cláusulas exorbitantes; en principio entendidas como aquellas que no pueden acordarse entre dos particulares.

administrativo unilateral y la coexistencia actual de dos sistemas: uno, aceptando la teoría dual en materia de contratación pública (sistema francés), el otro, el sistema anglosajón, que se fundamenta en la tesis unitaria; en el sentido, de dar preponderancia al derecho privado, como marco normativo regulador del contrato público.

Esta problemática también ha tenido su propia evolución y controversia, a nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno, reconociendo: la unilateralidad del acto administrativo y formalmente, la tesis unitaria del denominado entre nosotros, contrato estatal.

Nuestra investigación doctoral, si bien, hará referencia a las anteriores controversias en materia de la actividad contractual pública, se centra específicamente, en la controversia relacionada con el denominado “*control de legalidad del acto administrativo de adjudicación*”, como una causa más, de la que podemos denominar “*crisis del contrato público*”.

La actividad contractual pública, implica una regulación sustancial (Estatuto General de la Contratación Pública; Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007 y demás normas modificatorias), que contiene las “*reglas*” y los “*principios*” que regulan los contratos de las entidades públicas⁵, para 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 ciudadanos, que participan en la actividad contractual. El Estatuto General, consagra los principios que regulan las actuaciones contractuales (transparencia, economía, responsabilidad); igualmente, los principios que regulan la función administrativa y los principios generales de derecho.

Esas normas sustanciales se complementan o se desarrollan, mediante las normas de orden procedimental y procesal, que constituyen el denominado control de legalidad de la actividad contractual pública.

Como es de conocimiento, a nivel interno, coexisten diferentes fases que caracterizan la actividad contractual (fase precontractual – fase contractual – fase postcontractual); la

⁵ Ley 80 de 1993. “Artículo 1. La presente Ley, tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”

fase precontractual (desarrollada mediante un procedimiento administrativo), tiene como finalidad: (i) definir la mejor oferta y (ii) seleccionar al contratista que presente la mejor oferta, a efectos de proferir el respectivo acto administrativo de adjudicación y proceder a la celebración del contrato estatal correspondiente.

Nuestro ordenamiento interno permite un control difuso respecto a la actividad contractual, coexisten en consecuencia, no solamente un control en sede administrativa (revocatoria), sino igualmente en sede jurisdiccional, mediante diversas acciones y medios de control (acción popular – control objetivo de legalidad - control subjetivo de legalidad – control contractual).

Dada su naturaleza de acto administrativo precontractual y definitivo, el control de legalidad de la adjudicación en la actualidad permite: (i) la impugnación del acto administrativo de adjudicación, que no tiene como efecto la suspensión de la celebración del contrato estatal; (ii) independientemente del resultado de ese control de legalidad (nulidad del acto administrativo de adjudicación), el contrato se celebra y se ejecuta con un proponente, que en algunos casos no cumple con la normatividad correspondiente; (iii) dada la anterior situación, el proponente que logra demostrar en sede judicial, la nulidad del acto de adjudicación, no tiene el derecho a la celebración del contrato (tutela restitutoria), sino a una indemnización (tutela resarcitoria); (iv) esa indemnización, se ha concretado en el reconocimiento a título de lucro cesante de la utilidad esperada por la ejecución del contrato, la cual se viene concediendo por vía judicial, a pesar de no haberse celebrado, ni ejecutado el contrato por quien la reclama; (v) la entidad contratante, resulta afectando el presupuesto público, por doble vía: - pagando el valor del contrato, con quien se celebró y lo ejecutó, a pesar que se le adjudicó ilegalmente; - igualmente, pagando también el concepto de utilidad, a título de responsabilidad en la etapa precontractual, a quien demostró, haber presentado la mejor propuesta, pero no fue beneficiado con la adjudicación.

Se hace necesario analizar las consecuencias jurídicas y económicas, que conlleva el control difuso de la actividad contractual existente; de igual manera, revisar si se justifica o no, dentro de nuestro sistema jurídico, las tensiones entre las normas sustanciales y procesales que regulan la contratación pública (criterios de justicia, validez, vigencia, eficacia, ponderación de principios), habida cuenta que la normativa vigente, rompe, dada su estructura, con las finalidades de la contratación pública y principios del Estatuto General de la Contratación.

2. Problema de Investigación

Como se dejó indicado, la actividad contractual pública, no solamente en la doctrina general, sino a nivel interno, presenta, diversos problemas relacionados con: (i) la propia sustantividad del denominado contrato público, que permita diferenciarlo del clásico contrato de derecho privado y justifique su razón de ser; (ii) la tensión entre la coexistencia y los efectos jurídicos, de los “*actos administrativos*”⁶ (especialmente el de adjudicación) y el denominado “*contrato estatal*”; habida cuenta, que la voluntad de la entidad pública contratante, se desarrolla mediante el denominado “*procedimiento administrativo precontractual*”.

El problema concreto de nuestra investigación, se centra en la relación existente entre el acto administrativo de adjudicación y la celebración del contrato estatal; de manera más específica, en los efectos jurídicos del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación; con la finalidad de demostrar, que el control de legalidad vigente, no comprende el concepto de tutela judicial efectiva, en sus dos modalidades (restitutoria – resarcitoria); dada la estructura del control de legalidad vigente, solamente reconoce la tutela resarcitoria, lo que materializa a nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno, un supuesto de la crisis del denominado contrato “*público o contrato estatal*”.

3. Estado del arte

Constatar el estado actual, de la cuestión planteada, implica revisar, varios subtemas que se comunican a efectos de analizar el problema de la presente investigación doctoral (la crisis del contrato estatal – control de legalidad del acto de adjudicación).

⁶ La doctrina colombiana participa de la corriente jurídica de no otorgarle valor jurídico a la voluntad del ciudadano, en la conformación de la decisión administrativa; es así como frente a los actos que requieren de una previa solicitud o una posterior aceptación, califica esa voluntad como una “condición” para que la administración profiera la decisión; respecto a la aceptación, la considera como un requisito de “eficacia” y no de “validez” del acto administrativo. Se quiere significar que la doctrina colombiana ha optado por sumarse al discurso mayoritario y clásico en lo referente a la teoría del acto administrativo y de manera particular al tema de unilateralidad de la voluntad, en la formación del mismo. Ver Díez Manuel María. El acto administrativo. TEA. 1956; Dromi, Roberto, El Acto Administrativo. Buenos Aires. Editorial. Ciudad Argentina. Tercera Edición 2000; Garibotto, Juan Carlos. Teoría del Acto Jurídico. Ediciones Depalma, Resigno Pietro. 1991; Jeanneret de Pérez Cortes, María, Acto Administrativo y Contrato Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral de la Facultad de Derecho, ed. Ciencias de la Administración. Edición 2000; Cassagne Juan Carlos. El contrato administrativo. Abeledo Perrot, Edición 1999; Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tº III-A, 2ª ed., Edición 1978; Penagos Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. Parte General. Librería el Profesional. 2001.

A continuación, se relacionan los aspectos centrales de ese estado del arte:

3.1. Un punto relacionado con nuestra investigación doctoral, consiste en determinar, los aspectos actuales de la indicada relación jurídica, entre administración y ciudadano, con tal fin, se abordó su evolución para constatar, que en la actualidad, se avanzó del concepto de súbdito – administrado – ciudadano, lo que significa, el reconocimiento, de los denominados, derechos subjetivos dentro de la relación jurídica señalada y no solamente, el reconocimiento de un mero, o simple, interés legítimo. Ese reconocimiento de derechos subjetivos, nos sirve de premisa, a efectos de, adelantarnos con posterioridad, a estudiar, la denominada “*tutela judicial efectiva*” que debe reconocerse a quienes participan en un procedimiento administrativo de contratación pública; todo dentro del contenido que encierra la noción actual de Estado social de derecho y el equilibrio, entre las denominadas prerrogativas de la administración y las garantías constitucionales de los ciudadanos.

3.2. La actividad contractual pública, como se desarrolla de manera más concreta en la presente investigación, aun a la fecha actual, no es pacífica; continúan las grandes tensiones entre los sistemas, que aceptan, la noción de contrato público y aquellos, que no realizan esa diferenciación y por el contrario, la actividad contractual pública, la consideran regulada dentro del mismo contrato clásico de derecho privado. A efectos, de definir el estado actual de esa temática a nivel interno, se parte por aceptar: (i) la noción de contrato y no de acto administrativo bilateral, como fuente jurídica que regula las relaciones de la administración pública con las personas de naturaleza privada y con los demás sujetos de derecho público; (ii). nuestro ordenamiento jurídico, se identifica por lo menos formalmente con la teoría unitaria del contrato y no con la coexistencia de la denominada “*teoría dual*”; en el sentido, de aceptar la noción de contrato estatal y superar, la de contrato de derecho público y contrato de derecho privado de la administración; (iii) consagra como elementos esenciales para definir la noción de contrato estatal, el criterio subjetivo y el criterio finalista de interés general; (iv) la actividad contractual estatal se ha caracterizado históricamente por una división que puede denominarse artificial, o formal, dando origen a la denominada etapa precontractual (que positivamente debe culminar con un acto administrativo de adjudicación y negativamente con una decisión de declaratoria desierta de la licitación); una etapa contractual, que sencillamente se origina a consecuencia de un mandato legal

materializado en la formalidad escrita del denominado contrato estatal; por último la denominada etapa postcontractual. Sin desconocer lo anterior, se resalta, que el acto administrativo de adjudicación, es transversal a toda la actividad contractual y no solamente, a la etapa precontractual; (v) Igualmente se parte por evidenciar, que uno de los problemas de la actual contratación estatal, radica precisamente en la naturaleza del régimen jurídico que la debe regular; en la alternativa de si debe corresponder a un modelo regulado de manera estricta por el derecho administrativo, o si por el contrario, resulta coherente la coexistencia de un régimen de la contratación pública y del contrato estatal propiamente dicho, caracterizado por la interrelación inmediata y necesaria de subsistemas jurídicos pertenecientes al ámbito del derecho privado, dentro de los que se destacan el comercial y el civil, conforme a las expresas remisiones que al respecto efectúa nuestra ley de contratación pública. En lo que se ha venido denominando la configuración de un particular régimen jurídico y conceptual de contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad pública del contrato estatal, ni tampoco una exclusiva sujeción de éste, a los parámetros de los principios privatistas nugatorios de lo público.

3.3. El subtema que guarda directa relación con el problema planteado en la presente investigación doctoral, se materializa en el control de legalidad vigente, frente a la actividad contractual y concretamente, al acto administrativo de adjudicación y sus efectos jurídicos respecto a la celebración y ejecución del contrato estatal. Con la finalidad de visibilizar el estado de cosas, respecto a ese control de legalidad, el estado del arte se relaciona con: (i) revisar ese control de legalidad en sede administrativa, con la finalidad de observar que facultades o potestades publica ostenta la entidad contratante en la etapa del procedimiento administrativo contractual (revocabilidad – irrevocabilidad – terminación unilateral del acto administrativo de adjudicación); (ii) igualmente el estado del arte se centra, en presentar el control de legalidad de la actividad contractual en sede jurisdiccional (acto administrativo de adjudicación – contrato estatal), lo cual permite identificar, frente al contrato estatal, históricamente un control de naturaleza difusa (control por vía de acción popular – control objetivo o de simple nulidad – control propiamente contractual), de igual manera, frente al acto administrativo previo y especialmente el de adjudicación del contrato: un control objetivo y un control subjetivo de legalidad; todo sin desconocer, el denominado control arbitral. Debe resaltarse, que el estado

del arte permite sostener que el control de legalidad, del denominado acto administrativo de adjudicación, solamente desarrolla una “*tutela judicial*” de manera parcial, por cuanto, dada su estructura, sencillamente es de recibo, la denominada “*tutela resarcitoria*”, dejando sin cumplimiento, ni efecto alguno, la “*tutela restitutoria*”. Lo que se quiere significar, es que esa estructura, del control de legalidad actual, permite, que se celebre y ejecute el contrato estatal, a quien se le adjudicó el contrato, a pesar que se demuestre con posterioridad, que no fue la mejor propuesta; en otros términos, que los supuestos que rigen en un Estado social de derecho, se desnaturalicen. (iii) Si bien en la actualidad se tramita un proyecto de reforma en la contratación estatal, debe reiterarse que el mismo no es estructural, ni resuelve la problemática actual en materia de la actividad contractual de la administración pública. Si se revisa con detenimiento el trámite del proyecto, se observa que de 25 artículos, que actualmente están aprobados, solamente el 36% corresponde a normativas, que tienen como finalidad modificar la ley de contratación desde el punto de vista general; el otro 64% se relacionan con normas, que solamente de manera tangencial o indirecta, guardan relación, con aspectos generales de la contratación estatal.

4. Hipótesis

La hipótesis que fundamenta la presente investigación, radica en sostener la necesidad de un nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación (acto transversal de la actividad contractual), que materialice el equilibrio entre las prerrogativas de la administración y los derechos o garantías de los ciudadanos que intervienen en la actividad contractual. Ese nuevo control de legalidad tiene como finalidad, permitir el cumplimiento total y no solamente parcial, de la tutela judicial efectiva (restitutoria – resarcitoria); en el sentido, que se respete los principios que justifican el estado social de derecho, en especial el principio de legalidad y de seguridad jurídica: que un contrato estatal, se celebre y ejecute por quien efectivamente demostró haber presentado la mejor propuesta; a efectos de eliminar una de las causas, no solamente de la crisis del contrato estatal, sino igualmente, de corrupción en esta actividad pública del Estado. De igual manera, el nuevo control de legalidad, elimina el control difuso existente respecto a la etapa precontractual y al propio contrato.

5. Marco teórico

La presente investigación doctoral parte de aceptar las diferentes concepciones del sistema jurídico que han dominado en nuestra tradición iusfilosófica; no se trata por consiguiente, de analizarlas en profundidad, sencillamente, la finalidad radica en demostrar, como las normas existentes en materia del control de legalidad de la actividad contractual, no responden a los mínimos exigidos por las diferentes concepciones de orden teórico. En otros términos, se parte igualmente por sostener, que debe coexistir una coherencia entre las finalidades que se persigan desde el punto de vista de una norma sustancial y las de naturaleza procesal; se considera que no es aceptable dentro de un sistema jurídico, que un determinado control de legalidad, pueda, desnaturalizar la razón de ser y la política legislativa de las normas sustanciales.

Como es de conocimiento, la teoría estándar de la argumentación jurídica, parte del hecho que las decisiones jurídicas, deben ser y pueden ser justificadas; en ese sentido, se oponen tanto al “*determinismo metodológico*” (las decisiones jurídicas no necesitan ser justificadas, porque proceden de una autoridad legítima, o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales), como al “*decisionismo metodológico*” (las decisiones jurídicas, no se pueden justificar, porque son puros actos de voluntad)⁷. En principio pueden distinguirse varios campos, en que se efectúan argumentaciones: (i) producción o establecimiento de normas jurídicas; (ii) aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos; (iii) el tercer ámbito, en que tienen lugar argumentos jurídicos, es el de la dogmática jurídica, en la que procede distinguir tres especiales funciones (suministrar criterios para la producción del derecho – suministrar criterios para la aplicación del derecho – ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico)⁸.

De igual manera, se suele distinguir entre el contexto del descubrimiento y el contexto de justificación; por un lado, está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría, que según una opinión generalizada no es susceptible de un análisis de sentido lógico, lo único que cabe es mostrar cómo se desarrolla el conocimiento científico, tarea que

⁷ Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica, tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta, que comparten entre sí, el rechazo de la lógica formal, como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos: la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin. Ver en la cita traída por Atienza Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. Op, cit. Pp. 49.

⁸ Atienza Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. 1992. Pp. 23-24.

compete preferentemente al sociólogo y al historiador de la ciencia. Por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar, o, validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos, a fin de mostrar su validez, tarea que requiere un análisis de tipo lógico y está regida por las reglas del método científico. La anterior distinción se puede trasladar también al campo de la argumentación jurídica: una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, y otra cosa, el procedimiento para justificar dicha premisa o conclusión⁹.

La historia del concepto de sistema jurídico, permite señalar dos periodos: un momento fundacional (ubicado en los siglos XVII y XVIII) representado por el iusnaturalismo racionalista y un período encarnado por el denominado positivismo jurídico del siglo XX¹⁰. El concepto de derecho, desde una visión inequívoca iusnaturalista, se postula desde la idea de justicia¹¹; por su parte, el concepto de sistema en el positivismo contemporáneo, que se distingue como una alternativa rival del iusnaturalismo, identifica varios problemas y deficiencias del iusnaturalismo (lo considera como un sistema estático, que limita el papel del legislador, desde el punto de vista del contenido normativo; en el sentido que su tarea es más bien de naturaleza declarativa y no constitutiva, constructiva o creadora); para sostener las tesis estatalista del positivismo clásico, según las cuales, el derecho es creación exclusiva de una autoridad soberana, que monopoliza la creación normativa; ese poder político emergente no puede supeditarse a un catálogo moral, pre – ordenado, por el contrario puede tomar decisiones sobre el propio contenido del ordenamiento; acepta o define el sistema jurídico como un sistema dinámico; esa dinamicidad del sistema implica la independencia del legislador, respecto a los límites morales o materiales y los límites lógicos sostenidos por el iusnaturalismo. En otros términos, las relaciones entre las normas, no son de contenido; en el sistema dinámico son relaciones

⁹ Atienza Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. Op, cit. Pp. 24.

¹⁰ Se sostiene por algunos, que ambos períodos suscriben a grandes rasgos el mismo modelo de sistema; el denominado modelo fundacionalista; representado de la manera más común, en forma de pirámide, dividida en diferentes niveles que implican: que el sistema es un conjunto estructurado, no una mera agregación serial o enumerativa de elementos coordinados mediante relaciones de inferencia lógica deductiva; - es un sistema axiomático, para significar que existe un nivel último de justificación; - es un sistema cerrado, en el sentido, que contiene todas las posibilidades de razonamiento. Pérez Bermejo J.M. Coherencia y sistema jurídico. Marcial Pons. 2006. Pp. 34 a 37.

¹¹ Los tres pilares básicos sobre los cuales se construye el sistema de derecho natural: la justicia universal (la virtud moral en general); el segundo, relacionado con las relaciones de derecho privado (es un principio de justicia negativo, que prohíbe cualquier daño a terceros y se reputa como el principio rector de los contratos y negocios privados, se trata de la denominada justicia conmutativa); el tercero, es el principio de las relaciones de derecho público; es un principio de justicia positivo; es el principio de la justicia distributiva. Leibniz, G. W. Escritos de Filosofía Jurídica y Política, Traducción al castellano de Atencia J.M., Madrid. Biblioteca Nueva. 2001.Pp. 83. Citado por Pérez Bermejo J.M. Coherencia y sistema jurídico. Marcial Pons. 2006. Pp. 42.

puramente formales¹².

Ese modelo fundacionalista viene a ser cuestionado y a generar una nueva alternativa, respecto de la propia organización del sistema jurídico, en cuanto se sostiene la presencia en el ordenamiento jurídico de los denominados principios (normas de rasgos y caracteres formales muy diferentes, a los del resto de prescripciones) y la incorporación de la moral al sistema jurídico por mediación de éstos principios; se trata del denominado sistema *coherentista*¹³, que a efectos de este marco teórico, desde una visión general, se puede aceptar como rasgo diferencial lo siguiente: “*las reglas son normas de todo o nada*” (en cuanto a su pertenencia al sistema, su validez y su aplicabilidad), “*los principios por el contrario, poseen una dimensión de peso*”¹⁴; lo que significa que requieren un razonamiento más complejo. Si bien son normas de considerable abstracción y generalidad, en caso de conflicto o concurrencia de principios, la interpretación radica, en definir cuál de los mismos, conlleva una importancia superior en cada supuesto fáctico; este juicio interpretativo no conlleva la anulación del principio que no aplica, a diferencia de las normas, que en los supuestos que sobre un mismo hecho, concurren varias reglas en apariencia válidamente aplicables, dicho conflicto, se resuelve bajo el criterio, que una, no puede ser válida y por consiguiente, debe ser considerada como no perteneciente al sistema. En síntesis, la lógica de las reglas es la lógica binaria; la de los principios es la lógica de la ponderación¹⁵.

Desde la teoría del derecho se han analizado los conceptos de: (i) **justicia** (bajo el entendimiento que el juicio de justicia/injusticia de una norma jurídica radica en su mayor o menor adecuación entre esa norma y un sistema de valores externos al derecho, es decir, se trata de un juicio, con un punto de vista externo¹⁶); (ii) **vigencia** (partiendo de

¹² Kelsen Hans. La teoría pura del Derecho. Traducción de la Primera Edición de 1934. Madrid, Trotta. 2011.

¹³ Se asume el concepto de coherencia, no simplemente desde el punto de vista de compatibilidad, conectividad lógica o no contradicción (en que lo entiende el modelo fundacionalista), por el contrario, aceptamos el concepto de Maccormick, en el sentido que la coherencia exige que las normas jurídicas se adecuen a los valores o a las políticas que supuestamente persiguen. Pérez Bermejo J.M., en Coherencia y sistema jurídico. Marcial Pons. 2006. Pp 128.

¹⁴ Con base en las obras sobre Teoría del Derecho de Dworkin Ronald: “Taking Rights Seriously” y “Law ’ Empire”, citadas por Pérez Bermejo J.M., en Coherencia y sistema jurídico. Marcial Pons. 2006. Pp. 100.

¹⁵ Alexy Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2007; Alexy Robert. Concepto de Validez del Derecho. Gedisa Editorial. 2013; Brewer-Carías Allan R. Principios del procedimiento administrativo en América Latina. Legis. 2003 .

¹⁶ La expresión “*punto de vista externo*”, tiene tres antecedentes importantes en la literatura jurídica y sociológica de este siglo. El primero – sólo por orden cronológico – es Hart (1958 y 1961) que usa la expresión “punto de vista interno” para referirse a la validez jurídica y “punto de vista externo”, para referirse a la eficacia sociológica. El segundo es Luhmann (1985), que plantea la distinción, el punto de vista del observador, que mira al entorno, desde entorno (complejidad), al

aceptar que este juicio va referido a la simple constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico, es decir, a constatar que la norma cumple con los requisitos formales de competencia, procedimiento, materia, etc.); (iii) **validez** (se parte por aceptar, que este juicio guarda relación con el contenido de las disposiciones normativas; una norma es válida, cuando además de cumplir las condiciones formales (de vigencia), cumple condiciones de orden sustancial, que se refieren a su sentido, a su significado coherente, con reglas de rango superior o con reglas del mismo rango); (iv) **eficacia** (en el sentido de analizar, si los fines expresados por las normas se alcanzan)¹⁷.

De igual manera, frente a esos conceptos, se han presentado varias “teorías reduccionistas”¹⁸ : (i) **iusnaturalismo**, que tiende a reducir, la validez a la justicia; sosteniendo que una norma es válida, sólo si es justa; (ii) **formalismo ético**, que reduce la justicia a la validez, al considerar que una norma es justa, por el sólo hecho de ser válida; (iii) **realismo jurídico**, que parte por negar el propio concepto de validez, sometiéndolo a la eficacia. El derecho real no sería tanto el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un Código, en un cuerpo de leyes, sino aquel, que efectivamente se aplica en las relaciones cotidianas; para ésta corriente, decir que una norma está vigente, o es válida, equivale a afirmar que es eficaz, esto es, que se corresponde con ciertos hechos o fenómenos sociales. En otros términos, la vigencia o la validez, implican afirmar que la norma es aplicada por los jueces; (iv) **positivismo legalista**, la validez de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia; es decir, con la pertenencia a un cierto ordenamiento. Se trata de una teoría jurídica centrada en el análisis de la normatividad formal; en este modelo, la validez proviene de su vigencia temporal y espacial y sobre todo, de la competencia del órgano que la emite y del procedimiento seguido para expedirla: se reduce la validez a la vigencia¹⁹.

observador que desde el interior del sistema, mira al entorno (adecuación), o al observador del sistema, que mira al sistema (auto referencia). El tercero es Ferrajoli (1989) que con la expresión “punto de vista externo”, alude al punto de vista problemático, ético o político, axiológico o deontológico, y con la expresión, punto de vista interno, alude al punto de vista técnico, interno, jurídico. Serrano José Luis. Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Editorial Trotta. 1999. Pp. 18.

¹⁷ Sin desconocer que para la sociología del derecho, resulta más interesante la noción de justicia, no tanto, como predicado externo de las normas, sino en cuanto se refiere a la unidad del sistema como un todo, en otros términos, en un lenguaje moderno de teoría de sistemas, se puede decir con Luhmann, que la justicia como perfección de la unidad del sistema se refiere, a las exigencias impuestas al derecho por la sociedad en su totalidad. Luhmann Niklas, Sistema Jurídico y dogmática jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. Pp. 43.

¹⁸ Bobbio Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis. 1987. Capítulo 2. Justicia Validez y Eficacia. Pp. 21 y ss.

¹⁹ Serrano José Luis. Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Op cit. Pp. 43-44..

En esta investigación, se visibiliza las inconsistencias del control difuso de legalidad y la incoherencia de las normas sustanciales y procesales, que conlleva como se dejó indicado a dejar vacío o incumplido, los fines de la contratación pública. Esa es la razón para que se cuestione la normativa de control actual frente a los conceptos de justicia, vigencia, validez, eficacia, que la doctrina y el propio órgano judicial, vienen aceptando y aplicando de manera pacífica, bajo el criterio formal de la vigencia; sin analizar, los conceptos de justicia, validez y eficacia de esa normativa, frente a los fines de la contratación pública. Se analiza igualmente, que no se trata de una cuestión de naturaleza interpretativa; de un análisis del “*todo o nada*” o, de una tarea de ponderación de principios. Por lo anterior, se demuestra la necesidad de una modificación de la indicada normativa, que elimine esa incoherencia y permita, en tiempo real, materializar los fines de la denominada “*contratación de las entidades públicas*”

6. Metodología

Este trabajo de investigación, es esencialmente de “*lege ferenda*”²⁰, habida cuenta que la solución que se sostiene y propone, no radica en: (i) describir y realizar una función de sistematización de la normatividad contractual y elaborar, determinados criterios interpretativos; (ii) tampoco, tiene como finalidad, el explicar y justificar, una determinada interpretación de la normativa contractual, es decir, tampoco se centra en una tarea de “*lege data*”, si bien, en el desarrollo de la investigación, se analizan diferentes problemas de naturaleza interpretativa, la finalidad tampoco radica en sostener la prevalencia de una determinada interpretación; (iii) **por el contrario, una vez, analizado el respectivo problema de investigación, la hipótesis se fundamenta en sostener que la solución no puede obtenerse dentro del vigente marco normativo de la actividad contractual estatal, por esa razón, se avanza en el sentido, de la necesidad de una modificación al derecho positivo vigente en esa materia.**

A efecto de adelantarnos a alguna crítica, relacionada con la pertinencia, de la

²⁰ La dogmática, puede cumplir diversas tareas: a) una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir, un conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático, con la finalidad de facilitar el estudio y trasmisión del derecho positivo; b) una tarea de naturaleza descriptiva-prescriptiva, en cuanto, pretende justificar una determinada interpretación del derecho positivo, la denominada “*lege data*”; c) una tercera tarea, básicamente “crítica – prescriptiva y no descriptiva”, se parte de aceptar, que la solución que se propone, no se deriva del derecho positivo, y por consiguiente, no se sostiene en la prelación de una determinada interpretación, sino en la modificación del sistema jurídico vigente. En Courtis Chistian. Estudios sobre derechos humanos y justicia. Siglo del Hombre Editores. 2009.

investigación fundada en “*lege ferenda*” como parte de la dogmática, podemos sostener, que nuestra investigación “*no niega los puntos de partida*”²¹, es decir, las normas positivas de naturaleza sustancial, que regulan la actividad contractual, por el contrario, partiendo de las mismas, se centra en analizar, como las normas procesales (el control de legalidad de la actividad contractual – acto administrativo de adjudicación), no corresponden y desnaturalizan la finalidad del marco sustancial; en ese orden de ideas, la modificación del sistema positivo, no radica en las normas sustanciales, sino en las normas procesales.

Desde la visión del método, nos centramos en: (i) realizar una contextualización general respecto a la relación: Estado – Administración – Ciudadano – Derecho Administrativo. (ii) analizar la actividad contractual pública, con la finalidad de demostrar o visibilizar las diferentes causas que concurren a la denominada crisis de la “*contratación pública*”; (iii) demostrar como desde el punto de vista de la política legislativa y reglamentaria, el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, no ha sido objeto de reformas estructurales y de igual manera, como esa política legislativa constituye igualmente, una de las causas de la “*crisis de la contratación estatal*”. (iv) Una vez identificadas las diferentes causas que determinan de alguna manera la indicada “*crisis de la contratación pública*”, nuestra tesis de investigación doctoral, se centra en analizar específicamente la relacionada, con: “**el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación**” y siguiendo los parámetros de este tipo de investigación, desarrollamos lo siguiente: **(a)** identificar, el marco normativo que va a ser objeto de crítica y de alternativa de modificación; **(b)** realizar la crítica del sistema de control de legalidad vigente; crítica, que no se realiza bajo aspectos de racionalidad lingüística o comunicativa (vaguedad, ambigüedad, textura abierta), tampoco, a problemas de racionalidad sistemática, o de técnica jurídica (incompatibilidad, antinomias con otras normas vigentes); **(c)** la crítica, en estricto sentido, se fundamenta en aspectos de racionalidad teleológica, es decir: en demostrar, como la normativa vigente, persigue unos determinados fines, los cuales, son desconocidos a causa de la normativa procesal que la regula.

²¹ En este sentido, Luhmann Niklas, Sistema Jurídico y dogmática jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, Pp. 27. Igualmente, Calsamiglia Albert. Introducción a la Ciencia Jurídica. Ariel Barcelona, 1986. Pp. 76.

Como marco de nuestra investigación, presentamos un nuevo control de legalidad, que en nuestro criterio y así lo justificamos, corresponde al cumplimiento de la finalidad de reconocer una tutela judicial restitutoria y no solamente resarcitoria, en la actividad contractual estatal; con tal finalidad, no nos limitamos a señalar de modo genérico, los presupuestos básicos de un nuevo control de legalidad, sino que, se anexa, un proyecto de ley, mediante el cual: “*se reglamenta el proceso contencioso de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de adjudicación y demás actos separables y definitivos en el procedimiento administrativo contractual*”.

7. Itinerario

La presente investigación se divide en cuatro capítulos, que en términos generales, tiene como finalidad: (i) mostrar en primer lugar, como ha sido la evolución, y el estado actual, de la relación jurídica, entre la administración y los ciudadanos, para lo cual igualmente se hizo necesario, abordar temas relacionados con la noción de Estado y de derecho administrativo. (ii) De igual manera, a efectos de un adecuado conocimiento de las características fundamentales de la actividad contractual pública, la investigación se concreta en determinar los problemas que encierra el contrato estatal; lo que ha permitido hablar de la crisis del contrato estatal. (iii) Se consideró necesario, realizar una contextualización a nivel legislativo, reglamentario y jurisprudencial, sobre las normas de la contratación pública, que permite, sostener, como se señala en el desarrollo de la investigación, una ausencia de política legislativa en esta materia; una contradicción, en la teleología de la Ley 80 de 1993 (ley de principios), frente a una, desenfrenada potestad reglamentaria. De igual manera, se analiza la nueva Ley 1882 de 2018, para señalar que éste nuevo marco normativo, no resuelve los problemas estructurales de la denominada crisis del contrato estatal. (iv) Identificados los diferentes problemas de la actividad contractual, la presente investigación, se centra en uno de los problemas que se consideran transversales a toda la actividad contractual y materializa igualmente, uno de los supuestos de la “*crisis del contrato estatal*”, el cual radica, en el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, tanto en sede administrativa, como en sede jurisdiccional. (v) Se desarrolla, la problemática que encierra el control de legalidad vigente, respecto, a la naturaleza de la responsabilidad estatal que se presenta; a la tutela judicial efectiva que se persigue; y cual, es la que efectivamente se reconoce; al control del acto administrativo de adjudicación y su relación con la celebración del

contrato estatal; para culminar, dada la naturaleza de nuestra tesis de investigación doctoral, con la propuesta de implementación de un nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación.

Capítulo Primero

Contextualización general Estado - Administración - Ciudadano - Derecho Administrativo

Con la simple finalidad de realizar una contextualización respecto a las nociones de Estado, administración, derecho administrativo y derechos de los ciudadanos frente al poder público, se abordará de manera general su evolución y principales controversias, precisando que no se trata de presentar en estricto sentido un estado del arte, sobre éstas instituciones, sino se reitera, un marco general, habida cuenta que no constituyen el núcleo de la investigación, pero sí guardan una determinada relación, a efecto de una mejor comprensión de la misma. En efecto:

- i. Se hace necesario dejar planteado en términos grandes, la evolución del concepto político – jurídico de Estado, con la finalidad, de identificar, sus propias diferencias y la caracterización del hoy vigente Estado Social de Derecho. Como es de conocimiento, hay una transformación sustancial respecto de los conceptos de libertad, igualdad, participación de los ciudadanos, que incide frente a la exigibilidad de sus propios derechos en las diferentes nociones de Estado. En el mismo sentido, no puede desconocerse, en la actualidad, el debilitamiento del propio concepto de Estado – Nación, frente a corporaciones y organizaciones internacionales; por cuanto, de alguna manera viene variándose el centro o el origen de la expedición de las reglas jurídicas (globalización jurídica), aspecto éste, que viene cobrando mayor relevancia frente al derecho público y, específicamente en materia de contratación pública.

- ii. La relación administración – derecho administrativo, ha venido cuestionándose a causa de lo que algunos han denominado, la “*huida del derecho administrativo*”; sí, en alguna materia del derecho, puede concretarse ésta situación, es precisamente, en el tema de la contratación pública; basta sencillamente con revisar nuestro propio ordenamiento jurídico, para concluir, que el derecho privado viene dando pasos bastante grandes.
- iii. De igual manera, se hace necesario a efectos de comprender mejor el núcleo esencial de ésta investigación, dar una mirada a cómo se ha venido entendiendo el papel del derecho administrativo, frente a la actuación administrativa, en el sentido, que el control judicial se centra en definir, unos determinados vicios del acto administrativo (sustancial – procedimental), dejando por fuera, la propia solución real del caso.
- iv. **Si bien, el núcleo de nuestra investigación guarda relación con el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación**, a efectos de sostener la correspondiente hipótesis, **se hace igualmente necesario revisar la evolución de la denominada relación jurídica “administración – ciudadano”**, con la finalidad de definir, sí en esa relación se está siempre frente a derechos subjetivos, ó, a simple intereses legítimos, lo cual cobra suma importancia, respecto al tipo de tutela judicial que se puede reclamar dentro de la actividad contractual pública²².

²² La perspectiva del fin o el interés permitía trazar fronteras netas entre el derecho civil y el derecho administrativo, entre la sociedad y el Estado, y sugería de inmediato una relevante pregunta: si el derecho administrativo objetivo es singular en razón de su finalidad ¿debe serlo también su teoría del derecho subjetivo y del proceso contencioso administrativo?. Esta pregunta puede desglosarse en las siguientes: si la ley impone obligaciones a la administración en beneficio del interés general: ¿quién es la contraparte de aquellas obligaciones?, ¿la colectividad?, ¿la administración que la representa?, ¿la obligación asignada a la administración carece del correlativo derecho del ciudadano perjudicado de reclamar su derecho?, ¿quiebran los principios de la correlatividad y la protección plena?, ¿el ciudadano perjudicado no puede exigir judicialmente el cumplimiento de aquella obligación?, ¿deja de tener derechos frente al poder administrativo, pura y simplemente por razón del interés general?; el problema era lisa y llanamente: si el ciudadano perjudicado por la infracción de la Ley, que obliga a la administración a actuar mediante órgano competente, a dar audiencia, a motivar sus resoluciones, a orientar el ejercicio del poder hacia un determinado interés público, puede hacer valer derechos subjetivos correlativos y por tanto, de protección judicial plena²².

1. Transformación del Estado

El Estado, durante su historia de 5000 años ha tenido diferentes manifestaciones: Estado conquistador, Estado dinástico, Estado esclavista, Estado segmentario, Estado feudal, Estado legislador, Estado administrativo, Estado de la paz interna, Estado absolutista, Estado industrial, Estado criminal, Estado nación, Estado de derecho, Estado social de derecho, Estado constitucional y muchas más²³.

1.1. Estado nación – estado de derecho – estado social de derecho

1.1.1 Estado nación

Las raíces del nuevo modelo de Estado²⁴, se encuentran en la ilustración europea que tuvo su auge desde los años 1760; la idea de traer luz a la oscuridad, como una especie de religión secular, que quería desempeñar las funciones de la religión cristiana tradicional; el lugar de un Dios todopoderoso fue reclamado por un Estado todo poderoso, que se edificó bajo el concepto de soberanía en el sentido de un poder marcado por superlativos como absoluto, indivisible, originario y perpetuo.

El Estado Nación se apropió de tareas relevantes para mejorar el bien común, las cuales condiciono por medio de su derecho público y cuya ejecución delegó en aparatos burocráticos, organizados por el principio de orden y obediencia. Se pretendía que la administración central tuviera una presencia homogénea en todo el territorio.

Ese aparato administrativo del siglo XIX, actuaba frente a los ciudadanos mediante los denominados actos administrativos impositivos²⁵.

²³ Respecto a cuales fueron las causas de la formación originaria de los estados, se precisa que de manera general se pueden distinguir ocho líneas teóricas que ofrecen respuestas a la cuestión planteada: La teoría de la violencia - la teoría de la conquista - teorías de la paz por medio de acuerdos mutuos – teorías contractuales – teorías del bien común- teoría del estado que lo ven como la evolución de un ente superior que tiene sentido por sí mismo - la teoría marxista desarrollada desde 1884, enfocada en la idea de lucha de clases - teorías que a partir de 1980 han dado importancia a factores socio - ambientales, como la densidad de la población y la colonización agraria. Ver en Marquardt, Bernad. Historia Universal del Estado. Tomo I. Tomado de la Introducción. Pp. 1-9.

²⁴ Como textos políticos claves para la reorganización del Estado pueden observarse: El Espíritu de las Leyes; con su fundamentación del estado legislador y la separación tridimensional de poderes (Montesquieu- 1748); el Contrato social, con sus bases de la teoría contractual y de la soberanía del pueblo (Rousseau- 1762); la serie de los 85 ensayos de los tres federalistas norteamericanos (1787-1788); la Declaración de los Derechos del Hombre en Sociedad (De La Fayette y la Asamblea Nacional Francesa, 1789); el Tercer Estado (Sieyès- 1788)

²⁵ *Ibidem*, Pp. 151

Los paradigmas racionalistas y progresistas de la Ilustración, no solo se realizaron en la estatalidad administrativa, sino también en el paso a una dirección planeada y previsoras de la sociedad, por medio de las leyes expedidas por el Estado a través de un procedimiento establecido por el mismo; que se conoce como el Estado legislador.

Un aspecto clave del Estado legislador, fue la codificación del derecho privado o civil, que se pensó como el nuevo orden básico de una sociedad liberal individualizada, la cual se autorreguló en el marco de la libertad industrial y propietaria, por medio de contratos basados en la autonomía privada y de la utilización libre de la propiedad privada²⁶.

Aunque el Estado ilustrado había pensado originariamente en el predominio del derecho privado, el derecho público que opero mediante actos administrativos y sanciones, se reveló, debido a la necesidad de responder a los desafíos de la revolución industrial.

Esa revolución de la soberanía del siglo XIX y del nuevo siglo XX, ha venido acompañada de una discusión intensa sobre los límites del poder estatal en expansión; precisamente el posterior modelo de estado constitucional, intenta concretizar esos límites²⁷.

1.1.2. Estado de Derecho - Estado Social de Derecho

Pueden distinguirse dos modalidades de Estado de Derecho: la liberal y la social²⁸; esta última no significa la ruptura con la primera, sino un intento de adaptación de las notas clásicas del Estado de Derecho a su nuevo contenido y a sus nuevas condiciones ambientales.

Como es sabido, una de la característica del orden político liberal era no sólo la distinción, sino la oposición entre el Estado y sociedad, a los que se concebía como **dos sistemas** con un alto grado de autonomía, lo que producía una inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales.

²⁶ *Ibíd.*, Pp. 118.

²⁷ *Ibíd.*, Pp. 180.

²⁸ El surgimiento histórico de este modelo de organización, identificado ahora como Estado Social de Derecho, muestra entonces, la convergencia de las ideas socialistas, de la tradición liberal y del pensamiento social cristiano. En la segunda mitad del siglo XIX, la preocupación por la "*cuestión social*" llevaría inicialmente a la adopción de leyes sociales de protección a las personas frente a situaciones de grave y urgente necesidad; pero no sería sino después de las dos guerras mundiales que ella vendría a plasmarse en la propia configuración del Estado. En Corte Constitucional, Sentencia T-427 del 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de una estructura vertical o jerárquica, es decir, construido primordialmente bajo relaciones de subordinación. Tal racionalidad se expresaba capitalmente en leyes abstractas (en la medida de lo posible sistematizadas en códigos), en la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad y para la diversificación e integración del trabajo estatal, y en una organización burocrática de la administración. Sus objetivos y valores eran la garantía de la libertad, de la convivencia pacífica, de la seguridad y de la propiedad, y la ejecución de los servicios públicos (de manera directa o bajo el régimen de concesión)²⁹.

La sociedad en cambio, era considerada como una ordenación, es decir, como un orden espontáneo dotado de racionalidad, pero no de una racionalidad previamente proyectada, sino de una racionalidad inmanente, que se puede constatar y comprender, una racionalidad expresada en leyes económicas y de otra índole, más poderosas que cualquier ley jurídica, y una racionalidad, en fin, no de estructura vertical, sino horizontal, sustentada capitalmente sobre las relaciones competitivas, a las que se subordinaban las otras clases o tipos de relaciones³⁰.

Lo importante es que, bajo tales supuestos, el Estado, organización artificial, ni debía, ni a la larga podía, tratar de modificar el orden social natural; sino que su función habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas, para su funcionamiento espontáneo y, todo lo más, a intervenir transitoriamente para eliminar algún bloqueo del orden autoregular de la sociedad. De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos, cada uno de límites bien definidos, regulaciones autónomas y con unas mínimas relaciones entre sí³¹.

Los valores básicos del Estado democrático – liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formulación de la voluntad estatal a través del sufragio.

²⁹ Igualmente en este sentido la reseña histórica que se hace por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 1064 de 10 de octubre 2001, frente al concepto de Estado Social de Derecho. MP. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Dr. Jaime Córdoba Triviño

³⁰García Pelayo, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Alianza Universidad. 1995. Pp.21-22.

³¹Ibidem, Pp.22.

El Estado social democrático, no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos, dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias; sino dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro³².

De este modo, mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquél era fundamentalmente un Estado legislador, éste es, fundamentalmente un Estado gestor, a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma; mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia formal, el otro se extiende a la justicia legal material³³.

El Estado de Derecho incluye el control de la legalidad de los actos del Estado por los tribunales ordinarios y administrativos. Al control de la legalidad, se ha añadido por algunos Estados el de la constitucionalidad de las mismas leyes por órganos judiciales. En un Estado material de Derecho, este control no puede limitarse a la pura dimensión formal, sino que ha de incidir también en el examen de los valores materiales establecidos por la Constitución, sin necesidad de que éstos se expresen en el detalle de un precepto, sino que puedan ser determinados a través de una interpretación del sentido total de la Constitución.

Los valores básicos a los que debe servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. El Estado social no niega estos valores, pero les da un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico- políticos.³⁴

³²Ibidem, Pp.26.

³³ Molina Betancur, Carlos Mario y otros. Derecho Constitucional General. Segunda Edición. Sello Editorial. Universidad de Medellín. 2006. Pp. 592.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T - 427 del 10 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El Estado social de Derecho³⁵ acoge los valores jurídico-políticos clásicos; pero de acuerdo con el sentido que han ido tomando a través del curso histórico y con las demandas y condiciones de la sociedad del presente. Además, a tales derechos clásicos añade los derechos sociales y económicos y, en general, los derivados de la función de la procura existencial³⁶.

En esa medida, el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política, es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del “Estado” y la “sociedad”, la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto –según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico-, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real³⁷. Se configura así, un nuevo modelo de administración pública, la que se conoce como administración prestacional, que se caracteriza por desarrollar, un tipo de actividad que hasta entonces se desconocía en la órbita administrativa, centrada como estaba en la actividad de policía e intervención, por razones de seguridad y mantenimiento del orden público; se reitera, nace una nueva actividad: la actividad administrativa de prestación³⁸.

El Estado en nuestros días, no sólo se caracteriza por su pérdida creciente de protagonismo, en favor de organismos supranacionales y de entes públicos interestatales, esto es, por una pérdida de poder de tipo vertical; de forma paralela, el Estado también está perdiendo protagonismo horizontalmente, en beneficio de la sociedad y en especial del mercado. En los últimos años, se asiste a una profunda reformulación del papel y de las funciones estatales, reformulación que altera sustancialmente el Pacto alcanzado en Europa, tras la segunda guerra mundial, entre socialismo y liberalismo – el Pacto entre Colectivismo y Capitalismo, encarnado en el

³⁵ El concepto de Estado Social de Derecho nació en Europa en la segunda mitad del siglo XX, como una forma de organización estatal encaminada a “realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional. Corte Constitucional, Sentencia C-1064 del 10 de octubre 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño (S.V., Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández). En el mismo sentido señala la sentencia: “La fórmula política del Estado Social de Derecho surge en la postguerra europea como una forma de organización estatal que pretende corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho, expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales”.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T – 533 del 23 de septiembre de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T – 566 del 30 de noviembre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁸ Esteve Pardo, José. Estado Garante, Idea y Realidad. 1 Ed. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 2015. Pp. 22.

Estado social o de bienestar – y que configura, sin lugar a dudas, un nuevo equilibrio entre Estado y Sociedad, entre la esfera pública y la privada³⁹.

El nuevo equilibrio entre el Estado y la Sociedad, se basa fundamentalmente en la crítica del endeudamiento crónico, y de la capacidad empresarial de los poderes públicos (de su capacidad de producción de bienes y prestación de servicios), y en la exaltación, de los efectos benéficos, de la libre competencia de los agentes económicos privados en el mercado. Según la nueva concepción, el crecimiento económico sostenido (erigido en el principal objetivo de las sociedades occidentales actuales), solo puede ser alcanzado, reduciendo el endeudamiento estatal y la actividad empresarial de los poderes públicos, y fomentando y garantizando, la libre competencia de la iniciativa privada⁴⁰.

A los poderes públicos, se le reclama no solo ya la *eficacia*, esto es, la consecución de sus objetivos, sino también *eficiencia*: alcanzar sus objetivos empleando el menor volumen posible de recursos; la administración pública tiende a ser seccionada, siguiendo las técnicas gerenciales de la empresa privada, entrando en declive el modelo burocrático weberiano y pasa a someterse crecientemente al derecho privado⁴¹.

En los últimos años se ha asistido, a un repliegue muy importante, de la actividad empresarial desarrollada por el Estado. La convicción actual, de que el Estado debe dejar de actuar como empresario, debe dejar de intervenir activamente la economía, como un sujeto más, y ceder esta función a los particulares, explica los procesos de liberalización (supresión de monopolios públicos) y privatización (venta de empresas públicas) producidos durante los últimos años, así como la creciente tendencia de las administraciones públicas, a *contratar* con los particulares (en lugar de acometerla con sus propios medios), la realización de todo tipo de prestaciones de interés general (contratación de obras públicas, prestación de servicios públicos) o necesarias para el ejercicio de sus funciones (suministro de bienes muebles, etc.)⁴².

³⁹ En Oriol Mir Puigpelat. Globalización Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Ed. 2004. Civitas Ediciones. Pp. 95 – 96

⁴⁰ *Ibidem*, Pp. 100-101.

⁴¹ *Ibidem*, Pp. 102

⁴² *Ibidem*, Pp. 103-104

La creciente tendencia de la administración pública a recurrir a la contratación, forma parte también del proceso de desestatalización; la administración, en lugar de actuar como empresaria y acometer con sus propios medios, la construcción de la obra pública, la prestación de la actividad considerada como de interés general, o la producción y prestación de los bienes muebles, y servicios que requiere para su funcionamiento, acude al sector privado, para que sea éste, quien ejecute la actividad de que se trate, limitándose aquella, a dirigirla, controlarla, y sobre todo financiarla. De hecho la tendencia actual, es la de que ni siquiera la financiación, corra a cargo ya de la administración contratante⁴³.

Este nuevo equilibrio, se enmarca todavía dentro de la órbita del estado social. No solo porque el repliegue prestacional de la administración no ha sido total (la administración sigue desarrollando actividad prestacional, (por ejemplo en los sectores de la Educación y la Sanidad), sino también, porque el nuevo equilibrio afecta más a los *medios* que a los *finés*, perseguidos por el Estado; no han cambiado los objetivos, sino los medios con que lograrlos⁴⁴.

El clásico Estado social, acudió para el logro de sus objetivos al medio, o al instrumento de la “*administración prestacional*”, que se ha venido cuestionando por los costos que implica su realización por la administración, y que tienden a poner en peligro, su propia sostenibilidad. El estado garante se presenta, así, como alternativa al estado prestacional; ofrece otros medios, otra dinámica y otra racionalidad instrumental para alcanzar los mismos fines. No se opone al Estado Social, sino al instrumento, en torno a la administración prestacional, que se ha utilizado para realizarlo. El Estado garante no pretende dispensar con sus medios las prestaciones que el estado social programa, sino garantizar que esta se realiza, destacadamente por una sociedad, un sector privado que se ha fortalecido⁴⁵.

La administración garante, se proyecta así sobre los particulares, a los que se ha trasladado el ejercicio de funciones públicas para garantizar que se orienten a la

⁴³ *Ibidem*, Pp. 107-108

⁴⁴ *Ibidem*, Pp. 107-108

⁴⁵ *Ibidem*, Pp. 8.

consecución de objetivos de interés general. En esa misma línea y como una clara consecuencia del Estado garante, debe entenderse la creciente extensión del derecho público, más allá de la estructura organizativa del Estado y de su administración, para aplicarse al segmento, cada vez más ancho, de particulares a los que se ha transferido el ejercicio de funciones públicas, o que operan en sectores estratégicos, que afectan a servicios de interés general⁴⁶.

1.1.3. El Estado posmoderno

Si bien el Estado se convirtió en la piedra angular de la sociedad; esa concepción de un Estado erigido en tutor de la sociedad, entro en crisis al final del siglo XX; crisis que tiene que ver con la revaluación del lugar del Estado (interna) y con la internacionalización (externa)⁴⁷.

El problema de fondo es la puesta en tela de juicio del Estado, como fuente del derecho, en el sentido de cuál es el lugar que ocupa el denominado derecho estatal en la regulación social contemporánea. No se puede desconocer que nos encontramos ante varios grados de intervenciones, cuyo efecto consiste en reducir la omnipotencia del Estado en su papel de productor de derecho; se habla así de: derecho estatal relevado (acuerdos regionales) – derecho estatal suplido – derecho estatal suplantado⁴⁸.

En el nuevo contexto socioeconómico de transnacionalización, aunque en términos formales, los Estados continúan ejerciendo soberanamente su autoridad en los límites de sus territorios, en términos sustantivos muchos de ellos se descubren materialmente limitados en su autoridad decisoria. El gran desafío es precisamente, dar cuenta de esta ruptura entre la soberanía formal del Estado y su autonomía de decisión sustantiva, así como de la consiguiente recomposición del sistema de poder provocada por el fenómeno de la globalización⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*, Pp. 9.

⁴⁷ Jacques Chevallier. *El Estado Posmoderno*. Universidad Externado de Colombia. 2011. Traducción de Oswaldo Pérez. Pp. 20-29.

⁴⁸ Arnaud André – Jean. *Entre Modernidad y Globalización*. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 2000. Pp 21-49

⁴⁹ Faria José Eduardo. *El Derecho en la Economía Globalizada*. Editorial Trotta. 2001. Pp.13-42 y 231 a 270. La globalización económica es solo una (acaso la más importante) de las distintas dimensiones de la globalización. Junto a la economía, se están globalizando también, por ejemplo la cultura (globalización cultural), la sociedad (la globalización social), la ecología (globalización ecológica), la información (globalización informativa); la política y su aparato institucional (globalización político – institucional) y el derecho (globalización jurídica). Todas estas dimensiones de la globalización, se encuentran estrechamente interrelacionadas (son interdependientes) se retroalimentan y derivan en causas en buena medida coincidentes (en las que está prevaleciendo la globalización económica). El denominador común de las distintas dimensiones de la globalización es que se ha “*venido abajo una premisa esencial, de la primera modernidad, a saber: la*

A efectos de nuestra investigación, sencillamente nos detendremos en algunos puntos relevantes de la denominada globalización jurídica.

a. Crisis de la soberanía estatal: la globalización jurídica.

Esa pérdida de soberanía de *facto* o de *iuri* de los Estados Nacionales⁵⁰, tiene una consecuencia evidente y fundamental, en el siguiente sentido: que el Derecho en general, y el derecho administrativo en particular, provienen cada vez menos del Estado Nación, aunque formalmente siga siendo el Estado el autor de las normas jurídicas; el origen real de las mismas, se encuentra a menudo en instancias supra estatales, públicas o privadas⁵¹.

Asimismo, esa mutación en el origen real del derecho, conlleva a una convergencia de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, es decir, a un derecho administrativo menos original y más parecido entre sí, lo que significa, un proceso gradual de globalización jurídica⁵²; a título enunciativo y a nivel europeo, puede citarse las regulaciones nacionales de los contratos celebrados por la administración; en el sentido que la unión europea, a través de diversas directivas y de su interpretación expansiva por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha llevado una muy importante labor de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, con la finalidad de abrir las licitaciones nacionales, a la competencia de todas las empresas de la Unión Europea, propiciando así, un auténtico mercado interior, de la contratación pública. La regulación comunitaria, basada en los principios de publicidad, concurrencia y

idea de vivir y actuar, en los espacios cerrados, y recíprocamente delimitados de los estados nacionales, y de sus respectivas sociedades nacionales". Beck Ulrich ¿qué es la globalización?. Falacias del Globalismo, respuestas a la globalización. Ed. Paidós. Barcelona – Buenos Aires – México. Edición. 2008. Pp. 55 y 56.

⁵⁰ De igual manera esa pérdida de competencia, se materializa en la creación de multitud de varias organizaciones de carácter supraestatal (la Organización Mundial del Comercio – OMC-), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NASTA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Corporación Económica Asia Pacífico (APEC), la Unión Europea (UE), el Banco Mundial, (BM) el Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Asociación del Sudoeste Asiático – ASEAN-. Estas organizaciones, no solo elaboran las normas que de *facto* regirán sus relaciones, al margen de los ordenamientos comerciales (la denominada *lex mercatoria*) y someten sus controversias, a órganos no estatales de resolución de conflictos (árbitros), sino que sobre todo, se encuentran en condiciones de ejercer – una gran influencia sobre los legisladores nacionales - , exigiéndoles la continua adaptación del ordenamiento jurídico a sus intereses empresariales, bajo la amenaza de invertir su capital en otro país más atento a sus peticiones. La *Ley Mercatoria*, siguiendo a Faria, se define como “Conjunto de Reglas y Principios Consuetudinarios reconocido por la comunidad empresarial y aplicado a las transacciones comerciales internacionales, independientemente de interferencias gubernamentales (Faria José Eduardo. El Derecho en la economía globalizada, Pp 135)

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, “El futuro de la paz” (trad. De PISARELLO PARADOS, Gerardo), texto de la presentada por el autor el 15 de enero de 2002 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, pág. 4, quien sostiene que el Estado Nacional ha perdido el monopolio exclusivo de la producción jurídica. Cita traída por Oriol Mir Puigpelat. Globalización Estado y Derecho. Op, cit, Pp. 59.

⁵² Oriol Mir Puigpelat. Globalización Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Op, cit, Pp. 63.

no discriminación por razón de la nacionalidad, ha propiciado un destacado acercamiento entre los dos grandes modelos de contratación pública, tradicionalmente imperante en la Unión Europea: - el que somete los contratos celebrados por la administración, a toda una regulación específica de derecho administrativo (modelo francés) y el que los somete al derecho privado (modelo alemán)⁵³.

También se constata, el fenómeno de la huida hacia el derecho privado; la administración pública, en aras de una pretendida mayor eficiencia, queda crecientemente sometida, no ya, a su derecho específico, el administrativo, sino al derecho privado (civil, mercantil, laboral). De igual manera, esa alteración en el origen real del derecho, altera significativamente el sistema de fuentes, lo que significa que entra en crisis, el sistema monista tradicional de raíz kelseniana, hacia un nuevo pluralismo jurídico⁵⁴.

El derecho emanando por los nuevos centros de producción normativa, tiende a ser, cualitativamente distinto: prolifera el *soft law*, normas dirigidas a la composición de intereses, en detrimento de las normas tradicionales, que trataban de imponer una determinada voluntad política. Se trata de normas que facilitan la negociación; se trata de sustituir la coerción por el consenso; el mandato por la negociación; es lo que en sociología del derecho, se conoce como derecho reflexivo⁵⁵.

2. Administración pública y derecho administrativo

La distinción público - privado, aparece como una categoría de pensamiento constitutiva de la imaginación de las sociedades occidentales, en el momento de su entrada a la modernidad; se supone que la sociedad está compuesta por dos esferas distintas, separadas por una división hermética: por una parte la esfera privada, basada en la libre iniciativa individual; por otra parte, la esfera pública, que concentra las relaciones de autoridad y de sanciones. Esa distinción se tradujo en la sumisión de cada una de las dos esferas a sistemas de valores y dispositivos normativos diferentes. Lo público está dominado por el interés general; el principio de orden y de totalización le permite a la

⁵³ González – Varas Ibañez, Santiago. *El derecho administrativo europeo*. Tomo II. 2005. Pp. 53-80.

⁵⁴ Faria, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, Op, cit, pp. 127 a 138; Arnaud, André, Jean. *Entre modernidad y globalización*. Ob, cit,. Pp. 83-85, 168, 255 – 268.

⁵⁵ Bourdieu, Pierre; Teubner Gunther. *La Fuerza del Derecho*. Ob, cit. Pp. 20, 81, 123.

sociedad llegar a la integración, realizar su unidad. Lo privado está, al contrario dominado por el interés particular; da a cada uno la posibilidad de conseguir la realización de sus propios fines, garantizando su autonomía y protegiendo su intimidad⁵⁶.

El mito de “*interés general*” sobre el cual el Estado construyó su legitimidad, viene perdiendo fuerza, habida cuenta de la nueva concepción que sostiene que la administración pública debe ser “*eficaz*”, tal como ocurre en el sector privado; por lo cual la administración debe, a tal efecto, pedirle prestado a éste, los procedimientos de una buena gestión. Se derrumba el dogma del interés general y se da paso al imperativo de eficacia. En la concepción tradicional de la gestión pública, la administración se beneficia de una legitimidad de principio, adquirida automáticamente y que deriva de su estatuto; al entrar en crisis, el interés general no es por si solo suficiente, es necesario que la administración pública aporte la prueba de su eficacia; pasa la administración pública de una legitimidad extrínseca, derivada de su pertenencia al Estado, a una legitimación intrínseca, fundada sobre el análisis concreto de su acción⁵⁷.

Esa crítica de gestión está basada en la contradicción que habría entre el derecho administrativo y el imperativo de eficacia, por el marco rígido de las normas administrativas; e igualmente es cuestionado por su contradicción con los principios fundamentales del liberalismo. Se acusa al derecho administrativo de ser, por esencia, un derecho de desigualdad y privilegios; irremediablemente marcado por el sello de la unilateralidad. El derecho administrativo fue concebido como un derecho por esencia desigual, basado en la idea de una diferencia irreductible de situaciones entre la administración y el administrado; las prerrogativas reconocidas a la administración solo son la traducción de esta desigualdad⁵⁸.

La evolución actual del derecho administrativo, se caracteriza por la voluntad de **reequilibrio** de la relación administrativa; la preocupación por la defensa de las prerrogativas de la administración pasa a un segundo plano, detrás de la exigencia de

⁵⁶ Jacques Chevallier. El Estado Posmoderno. Op, cit, Pp.121-122

⁵⁷ Ibídem, Pp.122-123.

⁵⁸ Ibídem, Pp.131.

protección de los derechos de los ciudadanos⁵⁹.

Desde la visión de la doctrina clásica, definir Administración y Derecho Administrativo no es posible de manera autónoma, solo es posible la misma a partir del marco constitucional y en referencia al propio concepto de poder ejecutivo. El término “*poder ejecutivo*” se explica con base en dos elementos: el primero que es únicamente el ejecutivo, quien dispone de la fuerza; es decir le corresponde en el Estado, el ejercicio de la “*coacción organizada*”. El segundo rasgo específico del poder ejecutivo se deriva del principio de la separación de autoridades administrativas y judiciales; en virtud del cual, los litigios que nacen de la actividad del ejecutivo quedan sustraídos a la competencia de las jurisdicciones ordinarias; el sometimiento de dichos litigios a una jurisdicción especializada, ha permitido la constitución del Derecho Administrativo como cuerpo de normas autónomas. Otro sector de la doctrina señala, que normalmente la administración se lleva a cabo por procedimientos de potestad pública; sin embargo, en ciertos casos, el abandono de sus prerrogativas facilita el cumplimiento de su actividad y opera bajo las reglas del derecho privado; a esa distinción se alude cuando se opone la “*gestión pública*” a la “*gestión privada*”. En este orden de ideas, podía entenderse la Administración como el “*ejercicio del poder ejecutivo bajo un régimen de potestad pública*”⁶⁰.

Entre las prerrogativas de potestad pública de que dispone la Administración, la más característica es: la de poder adoptar sus decisiones con alcance ejecutorio; es decir, hacer nacer UNILATERALMENTE obligaciones y eventualmente derechos en beneficio o a cargo de terceros, sin el consentimiento de estos. Esas decisiones pertenecen a la categoría de los actos jurídicos; constituyen manifestaciones de voluntad a fin de producir efectos jurídicos. Una decisión administrativa es un acto jurídico emitido unilateralmente por la Administración, con objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere⁶¹.

La noción conceptual de Administración pública, considerada ésta como una de las

⁵⁹ *Ibidem*, Pp.135.

⁶⁰ Vedel George. *Derecho Administrativo*. Editorial Aguilar. Madrid 1980. Pp 15-17.

⁶¹ *Ibidem*, Pp 257.

funciones esenciales del Estado, no es pacífica en el terreno doctrinario. La doctrina predominante, al referirse a la administración pública, lo hace desde el criterio material, sustancial u objetivo; vale decir, la administración resulta caracterizada con base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto⁶².

Toda la actividad de la administración es sub- legal; tal afirmación que en el estado de derecho tiene carácter de principio esencial, puede hallar satisfacción en “grados” diferentes, dando lugar a dos tipos de administración: la reglada o vinculada y la discrecional. En forma distinta, ambos tipos de Administración ejecutan la ley. En ejercicio de la actividad discrecional, la conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir⁶³.

Las denominadas *PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION*, consisten en las ventajas o privilegios de que gozan los entes administrativos o los administrados en razón de los cometidos de interés general que deben cumplir aquellos. La función pública en beneficio de la comunidad constituye la razón de la desigualdad; ya que se plantea la eterna disyuntiva enunciada como principio general de derecho, según el cual el interés privado debe ceder al interés general, cuando quiera que entren en conflicto⁶⁴.

El derecho administrativo es hoy en su definición más elemental y tradicional, el derecho de la Administración Pública; la Administración Pública, como categoría jurídico – pública es una noción histórica reciente, cuyo origen se sitúa en las postrimerías del siglo XVIII, sin desconocer que en el comienzo del moderno Estado absoluto y cuando la tarea del poder real, deja de circunscribirse a la justicia y las finanzas, para extenderse al campo más amplio de la “*policía de la cosa pública*”, ya empieza a existir una conciencia, que esa policía consiste en el gobierno y administración de los asuntos públicos⁶⁵.

⁶² Ver en S.Marienhoff Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1964. Pp. 40

⁶³ *Ibidem*, Pp. 46

⁶⁴ Vélez García, Jorge. Los dos sistemas de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá. Fondo de publicaciones Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1996.Pp. 22

⁶⁵ *Ibidem*, Pp. 22

Parece ineludible que la Administración Pública, es un fenómeno ligado a la aparición de los Estados; cabe afirmar que la organización administrativa específica constituye el elemento típico del Estado; interponiéndose entre los órganos políticos y los súbditos o ciudadanos. Lo anterior conlleva aceptar igualmente que el aparato administrativo es por esencia derivada y dependiente, es decir, encuentra la legitimidad de su existencia en la organización superior o constitucional del Estado.

Sin embargo la distinta evolución del Estado en los diferentes países, condiciona el ordenamiento aplicable a su organización administrativa; lo que se quiere significar es que no todo Estado con organización administrativa desarrollada, produce un Derecho Administrativo, en el sentido de un derecho público específico, por la sencilla razón que la actividad de aquella organización no es por esencia una actividad de derecho público⁶⁶.

La distinta evolución política en Inglaterra y el continente europeo en los siglos XVII y XVIII, demuestra que el tipo estructural del Estado, con división de poderes y garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos, no determina necesariamente el surgimiento de un derecho administrativo. La clave del origen del derecho administrativo, se encuentra en la: Persistencia en el nuevo Estado surgido de la revolución francesa, de la influencia del principio autoritario propio del Estado absolutista ilustrado que supera; de esta manera viene a coexistir el principio de libertad y derechos del ciudadano y sus garantías frente al poder público, con el de autoridad del Estado (de posible imposición mediante procedimientos exorbitantes del derecho común)⁶⁷.

El derecho administrativo que hoy conocemos se caracteriza por la tensión interna entre dos polos: El autoritario (habilitación de poderes y formas de actuación exorbitante del Derecho común) y el de garantía y defensa de la libertad y de los derechos de los ciudadanos (la limitación de dichos poderes, su sujeción a la legalidad y la plena justiciabilidad de la actividad administrativa)⁶⁸.

⁶⁶ Parejo Alfonso, Luciano. El concepto de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2009. Pp. 136.

⁶⁷ *Ibíd*em, Pp 137.

⁶⁸ García Enterría Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). En RED Núm. 38. Mayo – Agosto de 1962. .

Obsérvese que precisamente el cuestionamiento al Derecho Administrativo, construido por la Dogmática aún dominante, radica en centrarse en el establecimiento de reglas, categorías, figuras técnicas e institutos jurídicos, desde la perspectiva de la protección frente a la administración, por medio del control de la regularidad jurídica de su actuación, descuidando las condiciones de la programación de esa actuación y la efectividad de la misma.

La especificidad del derecho administrativo positivo y dogmático radico como ya advirtió A. Merkl, en la superación del dualismo de su objeto: el Derecho y la Administración. Por consiguiente, su transformación, mutación, reforma, deben encuadrarse por un lado en la idoneidad del derecho para cumplir, en las sociedades actuales, la función de tutela de intereses y resolución de conflictos, y por otro lado la limitación del poder, garantizando igualmente, la efectividad de sus previsiones⁶⁹.

Esa función del derecho aparece distorsionada por el método jurídico y la concepción de la actuación administrativa como simple ejecución; aplicación mediante subsunción, que hoy predomina. Lo que se quiere resaltar es que el derecho no puede anticipar y predeterminar, solo con conceptos jurídicos la acción de la administración, lo que conlleva, la falsificación de la premisa de que la corrección o regularidad de la actividad administrativa es idéntica a estricta legalidad; es decir, si se impone a la administración el cumplimiento efectivo de sus cometidos, ha de dirigir su actuación con criterios igualmente de eficacia, eficiencia, aceptabilidad social, viabilidad o factibilidad, etc.

La realidad desmiente el anterior modelo, por cuanto las operaciones de la administración presentan con normalidad una complejidad mayor que la simple y automática subsunción⁷⁰, sin desconocer igualmente que el método de la subsunción, tampoco responde estrictamente a la imagen del autómeta, por cuanto desde R. Alexy, parece indiscutible que comporta valoraciones y es más que un proceso no lineal⁷¹.

⁶⁹ Parejo Alfonso, Luciano. Transformación y ¿Reforma? Del Derecho Administrativo en España, Ed., Derecho Global, 2012, Pp. 45 y siguientes.

⁷⁰ Ibídem, Pp. 55 y 61

⁷¹ Alexi, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid. 2007, p. 63 y ss.

En este orden de ideas, no puede entonces perderse de vista que el ejercicio de la actividad administrativa, comprende campos susceptibles de ser descritos en términos de estricta o mera aplicación, es decir bajo el método de la subsunción (facultad reglada); pero igualmente coexisten otros campos de esa actividad administrativa, en el que el método estricto de la subsunción no es suficiente, por cuanto la aplicación normativa conlleva una verdadera ponderación, es decir, una real concreción (en sede administrativa) de la programación normativa (facultad discrecional)⁷².

Según E. *Scmidt- Assmann*, la ponderación puede significar⁷³:

- a) Solo la resolución de colisiones entre normas o bienes conforme a criterios fijados anticipadamente en la propia norma – programa.

- b) Pero también la determinación misma del rango entre los criterios a aplicar.

La ponderación⁷⁴ del segundo tipo es la que caracteriza la discrecionalidad administrativa; en el sentido que el fin de la norma habilitante orienta la opción que debe tener lugar en sede administrativa; en este orden de ideas, la ponderación (en tanto dirigida por el derecho) ni exime de las reglas generales, ni releva sin más a la subsunción; por el contrario, expresa sólo las singularidades de la función de dirección y orientación por el derecho de las tareas administrativas (por ejemplo, el criterio de mejor tecnología utilizable a precio accesible).

Otra deficiencia de la dogmática vigente, radica en el terreno de la decisión; por cuanto se centra en el control judicial de los vicios del acto administrativo (sustancial – procedimental); dejando por fuera la búsqueda de la solución.

⁷² Parejo Alfonso, Luciano. Transformación y ¿reforma? Del Derecho Administrativo en España. Op, cit, Pp. 61-62.

⁷³ E. Schmidt- Assmann. La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, 2003. Pp. 219

⁷⁴ Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante de la subsunción, al paso que la ponderación es la forma de aplicar los principios (normas que tienen la estructura de mandatos de optimización); estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas existentes". Ver: Bernal Pulido Carlos, Estructura y Límites de la Ponderación, Universidad Externado de Colombia y ver Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 2003, Pp. 757 y ss.

El método estrictamente jurídico en que descansa el derecho administrativo⁷⁵ se caracteriza por:

a). Radical visión reducida al acto administrativo; el sistema legal queda reducido o circunscrito a un entramado de reglas (particulares – generales).

b). Concentración de la atención a partir del principio de Estado de derecho, bajo el entendido que el desarrollo de la actividad administrativa, del interés general, se cumple con la sumisión al marco normativo.

c). El método responde a un esquema binario: norma/acto; validez/invalidez; derecho público/ derecho privado; Derecho interno / derecho externo; control judicial / control arbitral; Estado / sociedad.

d). La decisión final radica en el control externo de naturaleza judicial.

e) Ese método descuida, sino margina, en efecto el cometido principal de la administración: la resolución de problemas sociales y, por tanto, la decisiva dimensión de la actuación administrativa misma y sus efectos.

La esencia de tales cometidos y actuación no radica en la eliminación de vicios legales susceptibles de posterior corrección por el juez; sino el arreglo efectivo de las cuestiones sociales (satisfacción real de las necesidades colectivas) mediante la utilización de los recursos puestos a disposición de la administración y el uso de las múltiples posibilidades ofrecidas por el derecho (evitando desde luego la incursión en irregularidades o infracciones jurídicas)⁷⁶.

Estas grandes transformaciones, del propio Estado de derecho (en su vertiente liberal) a

⁷⁵ Cfr. Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires. Argentina, 2000; Escola, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1984; Gordillo, Agustín - *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 1998-2000.

⁷⁶ E. Schmidt- Assmann. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003. Pp 287-382.

su vertiente social; de la razón de ser de la administración (de su actividad prestacional) a su actividad netamente garantista, afectan las principales manifestaciones jurídico administrativas, así como a la propia responsabilidad del Estado, del derecho público y concretamente del derecho administrativo.

2.1. El fenómeno de la huída hacia el derecho privado

a). Hasta finales de los años 80, la utilización del derecho privado por parte de la administración se circunscribió, mayoritariamente, a su actividad industrial y comercial, esto es, a aquella parte de su actividad sustancialmente idéntica, a la desarrollada por los particulares. Lo nuevo radica en que también la administración pública, encargada de funciones típicamente administrativas, de funciones públicas, ha pasado a quedar sometida al derecho privado⁷⁷.

La sumisión parcial al derecho privado de la administración, encargada de funciones típicamente administrativas, tiene por finalidad, liberarla de los rígidos procedimientos administrativos de contratación, gestión patrimonial, selección de personal, propiciando así una actuación supuestamente más eficaz y eficiente ⁷⁸, sin embargo recientemente se constata, un cierto freno a ese proceso de huida del derecho administrativo; quizá influido por la severa crítica que la mayor parte de la doctrina administrativista, ha dirigido, a la sumisión generalizada de la administración pública al derecho privado; la filosofía de este freno radica en que solo los entes, que llevan a cabo actividades de tipo empresarial, quedan sujetos al derecho privado⁷⁹.

A nivel de la comunidad europea, el freno principal a esa huida al derecho administrativo, no proviene de las legislaciones nacionales, sino del derecho comunitario de contratos públicos y de su interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), todo con la finalidad de lograr un auténtico mercado interior y de abrir la contratación a todas las empresas de la unidad europea, dejando de un lado el ropaje

⁷⁷ Serrano Salomón, D. A. (Junio, 2015). La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas. *Revista de Derecho Público*, 34. Universidad de los Andes (Colombia).

⁷⁸ En Oriol Mir Puigpelat. Globalización Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 158-161.

⁷⁹ Cfr. Entre otros, S. Martín - Tetortillo Baquer. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. Pp. 212-216. García De Enterría, Eduardo. Fernández Rodríguez Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Pp 401-408.

jurídico formal, que adopten en cada país, las distintas administraciones públicas y obligándolas a someterse al derecho administrativo (a los principios de publicidad, igualdad y concurrencia)⁸⁰.

Resulta indiferente, por tanto, para el derecho comunitario, la calificación jurídica formal, que el ente reciba en el derecho interno, por cuanto: si tiene una personalidad jurídica propia, una dependencia respecto de un ente público y satisface necesidades de interés general, que no tengan carácter mercantil, las directivas comunitarias aplican derecho administrativo.

b). El fenómeno del traslado a la sociedad de funciones y competencias públicas, no solamente debe mirarse desde la visión de la actividad administrativa, es decir, del aparato ejecutivo, sino igualmente procede desde la visión del propio poder normativo y desde el propio campo jurisdiccional⁸¹:

Respecto al frente normativo, la “*autorregulación privada*” materializa el motor que impulsa la entrada de la sociedad en este ámbito, que desde el siglo XIX, con el triunfo del positivismo y el movimiento codificador, se encontraba bajo el total dominio y monopolio del Estado. Ese poder normativo para expandir la presunta racionalidad del Estado por todo el cuerpo social, se comienza a reconstruir en buena parte, en las tres últimas décadas, con una autorregulación que se genera en la sociedad⁸².

El otro frente en la que se hace ya muy visible la retirada del Estado, es el frente judicial; la evolución que se advierte es la que en un sentido genérico se viene a llamar la “*privatización de la justicia*”. En rigor, se trata de una involución, de una vuelta atrás, de una deconstrucción; el propio Estado moderno se construye sobre la pretensión de monopolizar la justicia, por ello, la tendencia, al retorno hacia la privatización de la justicia comporta un cambio en la identidad, por afectar a una

⁸⁰ Chiti, Mario P. El concepto de derecho administrativo y el concepto de administración pública. En, JA No. 11. Abril de 2001, citado por Oriol Mir Puigpelat. Globalización Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Ed. 2004. Civitas Ediciones. Pp. 179.

⁸¹ Tafur Galvis, Á. (1999). La huida de la administración hacia el derecho privado en Colombia. En *Derecho civil y comercial –doctrina–* (Pp. 411-456). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

⁸² Cfr. Marín Cortés, F. (2008). *Público y privado. Estudios sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá, Colombia. Temis.

de las características propias del Estado⁸³.

En esencia son dos las fases en que se materializa esa retirada del Estado en el frente de la justicia: **la primera**, esa introducción y generalización en el ámbito de la jurisdicción penal del acuerdo y la conformidad de las partes; se trata de un mecanismo contractual, que evita la intervención del órgano judicial (sin desconocer que los jueces conservan facultades para supervisar esos acuerdos). **La segunda**, supone la renuncia de la jurisdicción; la retirada del Estado en su función de impartir justicia, se concreta en los llamados “*mecanismos alternativos de solución de conflictos*” como son, la mediación o el arbitraje. Resaltando, la postura actual adoptada por el Estado, por el legislador a favor de los mismos, hasta el punto de obstaculizar el acceso a su propia jurisdicción⁸⁴.

Esa retirada del Estado y de la administración, que conlleva dejar el protagonismo a la sociedad y al sector privado en muchos frentes de la acción, implica y da origen a que la principal función del Estado, se concrete en una “*función de garantía*”, asegurando y garantizando que en esa gestión y actuación del sector privado se atiendan los intereses generales comprometidos y se alcancen los objetivos y requerimientos que marcan la constitución y las leyes.

Por lo anterior el Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desarrollar una diferente actividad, no se trata ya de la actividad material directa (de control, de prestación o de otro tipo), para la que no dispone de medios y conocimientos; sino de “*garantizar*” que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios⁸⁵: el denominado *Estado garante*.

⁸³ Reformé de la Justice, Reformé d'Etat., Presses Universitaires de France. Paris, 2003. Obra Colectiva dirigida pro Loic Cadet y Laurent Richer, citada por Esteve Pardo, José. Estado Garante, Idea y Realidad. Op, cit. Pp. 41.

⁸⁴ Armenta, Deu. Teresa. Reflexiones sobre la Convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común, hacia métodos extrajudiciales; VV.AA, la convergencia de los procesos civil y penal: ¿Una dirección adecuada?, Marcial Pons, Madrid – Barcelona. 2013. Citado por Esteve Pardo, José. Estado Garante, Idea y Realidad. Op, cit. Pp. 42

⁸⁵ Cfr. Esteve Pardo, J. (2012). La extensión del derecho público. Una reacción necesaria. *Revista de Administración Pública*, (189), 11-40; Laguna del Paz, J. C. (1995). La renuncia de la administración al derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (136), 201-229; Marín Cortés, F. (2008). *Público y privado. Estudios sobre las transformaciones del de- recho, del Estado y de la empresa*. Bogotá, Colombia: Temis; Martín-Retortillo, S. (1996). Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (140), 25-44.

c). La extensión del derecho público como contrapartida a la privatización de funciones públicas

En estricto sentido, ese repliegue del Estado que abandona posiciones subjetivas de titularidad y gestión, habría de verse entonces contrapesado por la **extensión del derecho público, del derecho administrativo, garantizador de los intereses generales más allá, de la órbita subjetiva de la administración**. Si el poder y con él, las relaciones de poder se encuentran extramuros del Estado, de la administración, también habrá de aplicarse allí, el derecho que se gestó en torno a él, para regular y equilibrar las relaciones de poder, protegiendo y garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos, frente a los poderes públicos y protegiendo también los intereses públicos frente a los posibles abusos de poderes privados cada vez más fortalecidos⁸⁶.

Debe resaltarse, que esta extensión del derecho público, no trata ya de garantizar derechos e intereses particulares frente a sujetos públicos, dotados con poderes exorbitantes para la protección de los derechos individuales. El garantismo de que se está tratando tiene como finalidad garantizar la atención y tutela, de los intereses generales, frente a sujetos privados, que ostentan situaciones de poder por ejercer funciones públicas u operar como prestadores de servicios de interés general. Obsérvese que se trata de una orientación horizontal que registra esta extensión del derecho público al proyectarse sobre relaciones sobre sujetos privados; se trata de un eje distinto al tradicional, y característico de naturaleza vertical, que articula las relaciones entre sujetos públicos, dotados de potestades públicas, con sujetos privados. Todo sin perder de vista, que ese nuevo eje horizontal conecta relaciones “*entre sujetos privados*” que, en muchos casos, no están en situación de igualdad, al ostentar uno de ellos una posición de poder o dominio; que es lo que justifica precisamente la aplicación del derecho público, del derecho administrativo, por ser el más adecuado para la regulación de las relaciones de poder⁸⁷.

⁸⁶ Canals I Ametller. El ejercicio por particulares de funciones de autoridad, Comares, Granada. 2003. Citado por Esteve Pardo, José. Estado Garante, Idea y Realidad. Op, cit. Pp. 78.

⁸⁷ Esteve Pardo, José. Estado Garante, Idea y Realidad. Op, cit. Pp. 81.

3. Derecho Administrativo – Ciudadano: Prerrogativas – Garantías.

3.1. Las transformaciones de la ciudadanía:

La ciudadanía es un concepto esencial y fundador, alrededor del cual fue construido, en occidente y desde la ciudad griega, el vínculo político y más aún el vínculo social. La ciudadanía permite construir una comunidad política y superar los particularismos sociales. La ciudadanía implica también un determinado modelo de relaciones entre el individuo y la colectividad, fundado en la noción de civismo, con base en un equilibrio complejo de derechos y deberes, su concepción implica el reconocimiento de la singularidad de cada uno, así como la adhesión a valores comunes en los cuales se apoya la existencia de la colectividad⁸⁸.

a) Concepción tradicional: El concepto de ciudadanía nació en la ciudad antigua, es una calidad que confiere el derecho a participar en la gestión de los asuntos de la ciudad; la ciudadanía se define en la ciudad antigua por la combinación de un elemento territorial y personal: poder de participación en la res pública⁸⁹.

b) Con la construcción del Estado moderno, el concepto de ciudadanía se inscribe en una perspectiva diferente, se trata esta vez de trazar una línea de demarcación entre quienes pertenecen a la colectividad nacional y son titulares de los derechos correspondientes y quienes permanecen fuera de esta colectividad y se ven privados de estos derechos. La construcción progresiva de la teoría de la nacionalidad durante el siglo XIX, interpretada como el vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado; la nacionalidad se adquiere inmediatamente por quienes satisfacen algunos criterios - personal (derecho de sangre) o territorial (derecho del suelo); nacionalidad de origen; puede concederse posteriormente a quienes cumplan algunas condiciones (naturalización) ⁹⁰.

c). La ciudadanía posmoderna: dada su vinculación al Estado - Nación, la ciudadanía se vio afectada igualmente por el proceso de internacionalización, que tiende a privar al

⁸⁸ Jacques Chevallier. El Estado Posmoderno. Op, cit Pp. 375.

⁸⁹ Ibídem, Pp. 376 - 377.

⁹⁰ Ibídem, Pp. 377-382.

Estado de sus capacidades de regulación y a descentralizar el poder de decisión. La ciudadanía tiende a ser concebida como una ciudadanía “*activa*”, con una influencia real sobre las estrategias colectivas; “*ampliadas*”, por la apertura hacia nuevos derechos y nuevos beneficiarios; “*tolerantes*”, “*dispersas*” y “*plurales*”. Se distingue tres etapas en la construcción de la ciudadanía: la ciudadanía civil o cívica (corresponde a las libertades fundamentales) – la ciudadanía política (sufragio universal) –y la ciudadanía social (creación de los derechos sociales)⁹¹.

Respecto a lo que se denomina la “*ciudadanía administrativa*”: la relación administrativa se construyó, sobre la base de una clara distinción con la relación política: ciudadano en el orden político, el individuo se convertía en sujeto pasivo en el orden administrativo; debía obedecer las órdenes de una administración sobre la cual no tenía influencia alguna; se trata de una relación de sometimiento; sin embargo esa distinción entre las dos caras (política/administrativa) de la relación con el Estado, tiende a desaparecer⁹².

En efecto, se está frente a un reequilibrio de la relación administrativa, fundamentalmente con la introducción de la idea de “*participación*”, se consiguió conferir a los usuarios un “*poder de intervención*” sobre el funcionamiento de la administración. El administrado no sería solamente un sujeto pasivo, un usuario, sino un ciudadano, que dispone como tal de una serie de derechos frente a la administración; lo que conllevó igualmente a la modificación del término administrado por ciudadano⁹³.

3.2. De la noción de Súbdito - Administrado - Ciudadano

El término de administrado, parece significar una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo: la administración pública. El absolutismo sí concebía en ese sentido pasivo la posición del individuo dentro de la comunidad política, titular apenas de

⁹¹ En el ensayo titulado: “Ciudadanía y clase social”, publicado por Thomas Humphrey Marshall, en el año 1950, analiza el desarrollo de la ciudadanía desde tres puntos de vista: desde el desarrollo de los derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales. Esto lo hace en función del desarrollo histórico de los siglos XVIII (Derechos Civiles); siglo XIX (Derechos Políticos) y siglo XX (Derechos Sociales). Su contribución distintiva fue la introducción del concepto moderno de Derechos sociales (accedidos no sobre la base de pertenecer a alguna clase social o necesidad, sino por el hecho de ser ciudadano).

⁹² Calonge Velázquez Antonio. El Concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración Pública Nacional y Administración Pública Comunitaria. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No 19 – 20. Semestre 2010.

⁹³ Jacques Chevallier. El Estado Posmoderno. Op, cit. Pp. 382 y ss.

meras cargas y deberes que le imponía el poder público. Con la revolución francesa los individuos dejan de ser súbditos, para convertirse en ciudadanos. El administrado en el sistema jurídico actual no es un mero objeto del derecho administrativo, ni tampoco un término de referencia de simples posiciones pasivas (deberes, sujeciones, obligaciones), que era como la teoría jurídica del absolutismo, poniendo siempre en primer lugar la superioridad del bien general sobre el bien particular o privado, consideraba su posición jurídica ante el derecho público⁹⁴.

Inicialmente desde su origen revolucionario, que recoge la filosofía naturalista de la ilustración, las libertades públicas se configuraron como derechos subjetivos frente al Estado; esos derechos innatos imponen un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado. Pero igualmente, en las propias declaraciones de derechos iniciales se incluyeron derechos de otro carácter, que no contemplan al individuo como alejado, distante del poder, exento del mismo; sino que pretendían la conversión del mismo en ciudadano y por tanto su inserción en el propio aparato político o de poder, derechos que más tarde se conocen como derechos cívicos o políticos. Esos dos tipos de derechos: (Libertad – autonomía) y (libertad- participación), tienen funciones diferentes: los primeros intentan liberar de las funciones del poder, esferas de determinación puramente privada; límites a la acción del poder (la parte de la existencia individual no sujeta a la autoridad del grupo); por el contrario, los derechos de libertad-participación, lo que intentan asegurar es el control de los gobernantes por los gobernados; es la interiorización del poder en la sociedad, la libre disponibilidad del poder por quienes son sus destinatarios. Más tarde aparece históricamente otro tipo de derechos los económicos y sociales. La intervención de la Administración sobre la esfera jurídica de los particulares puede manifestarse en el ordenamiento (a través de la atribución de potestades), mediante alguna de las siguientes cuatro formas jurídicas: reglamento – actos administrativos – contratos – coacciones⁹⁵.

La posición fundamental que ocupa un individuo frente a la comunidad estatal se

⁹⁴ García de Enterría y Ramón Fernández. Tomo I. Curso de Derecho. Administrativo. Civitas. Madrid. Reimpresión. 1998. Pp. 23-26.

⁹⁵ Schmidt-Assmann, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y Fundamentos de la construcción sistemática. Op, cit. Pp 17

caracteriza por ser una relación jurídica; la relación jurídica en efecto, pone en conexión o vincula a sujetos jurídicos distintos; esa relación está dotada de una cualidad o sustancia interna, que se manifiesta en la prelación entre los sujetos jurídicos que la integran. En los orígenes del derecho administrativo, esa prelación entre sujetos respondía a la idea de **subordinación** del individuo; esa concepción de la relación jurídica, resulta incompatible con el marco constitucional, y los propios tribunales en Alemania lo enfatizaron desde 1954; en el sentido que aun cuando el individuo se halle sometido al poder público, no lo hace en calidad de súbdito sino de ciudadano⁹⁶.

La realidad administrativa nos muestra numerosos ejemplos y sectores en los que los particulares y la administración se relacionan sobre la base de la igualdad y actúan a través de fórmulas cooperativas y de consenso. La tesis de la igualdad no resulta adecuada, por cuanto no constituye un modelo explicativo útil de cara a la construcción del derecho administrativo, habida cuenta que no da respuesta a las necesidades de actuación que puede demandar la comunidad estatalmente constituida. En el Estado democrático de derecho, sus órganos se hallan investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente las obligaciones que deban atenderse. No ha de olvidarse, que el Estado está obligado a garantizar, el derecho y los derechos de sus miembros; ello no se alcanza generalmente mediante la igualdad y el consenso; esa misión de garantizar el derecho, no está solo encomendada al legislativo y al judicial, sino también y en una alta medida al ejecutivo. La concepción de la igualdad entre el Estado y el individuo, no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido. Las relaciones Estado – ciudadano; es decir, libertad ciudadana y competencia estatal, resultan asimétricas. El ciudadano actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida, el Estado igualmente en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida⁹⁷.

El sistema de derecho público contiene como rasgo típico, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas- administrativas que integran el denominado régimen administrativo, derogatorio o exorbitante del derecho privado. Esa idea de la exorbitancia

⁹⁶ *Ibidem*. Pp 18-20.

⁹⁷ *Ibidem*. Pp 21.

constituye un rasgo típico del derecho público, históricamente conectado con la concepción continental del “*régimen administrativo*”, elaborado por la doctrina francesa; la cual resulta opuesta a la imperante originariamente en los países anglosajones, donde la administración carece en principio de prerrogativas de poder público⁹⁸.

La figura de la prerrogativa se fundamenta en los requerimientos del bien común, porque las exigencias de la comunidad se basan en la idea de servicio para satisfacer en forma directa el bien de cada uno de los componentes; la presencia de las garantías tiende a asegurar la realización del bien común mediante el reconocimiento de la posición que los individuos tienen en el seno de la comunidad, dando participación a cada uno de ellos en la distribución del bien común. Las prerrogativas como figura o institución jurídica, pertenece a la categoría de las potestades o poderes, cuya concepción pertenece fundamentalmente a la doctrina italiana. La prerrogativa se ubica en un plano superior a la relación jurídica singular, siendo un poder general e irrenunciable, cuyo fundamento emana del ordenamiento jurídico del Estado⁹⁹.

Las principales prerrogativas, sin agotar su enumeración son: **(i)** La creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales (a diferencia del derecho privado, una de las partes de la relación jurídica administrativa, posee la potestad de crear unilateralmente vínculos obligacionales, esta prerrogativa se funda en la presunción de legitimidad y se conecta con la competencia otorgada a la administración, para decidir de manera previa a la decisión judicial); **(ii)** la presunción de legalidad de los actos administrativos (presunción provisional de los actos administrativos, que acompaña las funciones y poderes que la norma fundamental asigna a los órganos que componen la estructura constitucional del Estado; supone que el respectivo acto, se ha emitido de conformidad al ordenamiento jurídico, en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto). **(iii)** El principio de ejecutoriedad (es un típico privilegio “externo” que habilita a la administración para disponer materialmente la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial,

⁹⁸ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo II. Octava Edición, Actualizada. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2006. Pp. 16.

⁹⁹ *Ibidem*, 18-19.

apelando al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico.); **(iv)** prerrogativas relacionadas con los contratos administrativos (dirección y control sobre el contrato, modificación unilateral, potestad sancionadora); **(v)** prerrogativas procesales (reclamación administrativa previa, no admisión de la confesión, no admisión del desistimiento, perención, la revocatoria por causales legales)¹⁰⁰.

El equilibrio que debe presidir las situaciones subjetivas que vinculan a la administración con el ciudadano, requiere que junto a las prerrogativas se configure un justo y sólido sistema de garantías, que compensen de alguna manera las situaciones de sujeción, frente a las potestades públicas.

Dentro de las garantías sustantivas, se tiene: (i) la garantía de la igualdad; (ii) el principio de legalidad (se traduce en la exigencia que la actuación de la administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico); (iii) principio de razonabilidad y proporcionalidad al proferir el acto administrativo.

Dentro de las garantías adjetivas, se encuentran las relacionadas con el procedimiento administrativo: el informalismo a favor del administrado – los recursos¹⁰¹. -.

Con el nacimiento del constitucionalismo en los Estados Unidos, con la eclosión de la revolución francesa y la Declaración de los derechos del hombre, se acelera a fines del siglo XVIII un proceso de cambio en la vida política, que va afectar la relación entre el Estado y los habitantes. Comienza o se acentúa una nueva etapa *de la larga y difícil lucha contra la inmunidad del poder*. En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado, y que el primero es un sujeto y no un objeto al que se puede simplemente mandar, surge la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos y de construir los principios con los cuales ella se rige¹⁰².

¹⁰⁰ Ibidem, Pp. 200.

¹⁰¹ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Ob, cit, Pp. 24-38.

¹⁰² García Enterría Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, Op, cit., Debe recordarse que para esa época, España se encontraba bajo un estado totalitario; se trataba de compensar la falta de libertades mediante el control al ejercicio del poder por parte del Juez.

Es importante advertir que si nos ubicamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, no podemos mantener las hipótesis jurídico – políticas que se construyeron para esa última y que solo con ella tienen sentido y fundamento empírico. Ninguna justificación puede pretender, aplicar al Estado moderno, los criterios con los cuales funcionó el gobierno absoluto¹⁰³.

Debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines, y darle en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda de un equilibrio razonable entre el individuo y el Estado; no se puede continuar repitiendo las construcciones teóricas fundadas en el pasado o en la realidad de un determinado Estado (feudal – absolutista), hay que revisarlas tales como: los actos de gobierno, el poder de policía, la zona de reserva de la administración, la jurisdicción administrativa, la ejecutoriedad del acto administrativo, la doble personalidad del Estado, la presunción de legalidad, las potestades administrativas¹⁰⁴.

4. Derechos públicos subjetivos

Concretar cuáles son las **posiciones de poder que el derecho** atribuye al ciudadano frente a la administración, no es un problema nominal; constituye un problema real muy relevante. Implica penetrar la medula del derecho público; es, sencillamente, hablar del modo en que el sistema constitucional distribuye espacios entre la autoridad y la libertad, el colectivo y el individuo¹⁰⁵.

El concepto de derecho subjetivo es fruto de un largo proceso, que empieza a tomar forma en el periodo tardo-medieval. Se desarrolló a partir de las ideas de razón, libertad, igualdad y contrato social. En la revolución francesa, el derecho subjetivo, junto con el principio de legalidad, fue el instrumento básico para fundar un nuevo orden político y

¹⁰³ Cfr. García de Enterría, E., y Fernández, T. R. *Curso de derecho administrativo*. Op, cit.

¹⁰⁴ Gordillo Agustín Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*. Primera Edición Colombiana. Buenos Aires. 1998. Pp. 53-64.

¹⁰⁵ Sobre los derechos públicos subjetivos, revista española de derecho administrativo. Núm. 6. 1975. Pp. 427-448. Citado en: Medina Alcoz, Luis. *Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo*. Ed. Marcial Pons. 2016. Pp. 23

social, diferente al denominado hasta entonces antiguo régimen¹⁰⁶. La tradición del derecho subjetivo se impuso entonces a las corrientes intelectuales que habían dado argumentos para rechazar que la razón, la libertad, la igualdad y el contrato social, limitasen la acción del monarca: el origen divino del poder.

La tradición *iusnaturalista*, acabó ejerciendo un poderosísimo influjo en el siglo XIX sobre la legislación y la moderna teoría general del derecho. El derecho subjetivo se convirtió en pieza clave de una concepción individualista del Estado y del Derecho objetivo; un auténtico paradigma no porque la realidad se ajustara siempre estrictamente a el, sino porque proporcionaba el arsenal de instrumentos con que esa realidad venía interpretada¹⁰⁷.

La irrupción de corrientes intelectuales y antiliberales, la reafirmación del poder del Estado y su creciente implicación en la vida social, propiciaron que el pensamiento jurídico, cuestionase aquella secuencia lógica, a partir de la segunda mitad del siglo XIX en particular, la legislación jurídico - administrativa, y la naciente ciencia del derecho administrativo, acabaron rechazando sus consecuencias, al alterar radicalmente sus fundamentos: en el puesto de la *libertad y el individuo*, colocaron las ideas de *interés y sociedad*. Aflora así, el interés legítimo como concepto jurídico-administrativo, que rivaliza con el multiseccular derecho subjetivo¹⁰⁸.

A través de la doctrina del contrato social, el *ius naturalismo* había justificado históricamente el origen y los límites del poder, pero no del derecho; durante la edad media y dentro del pensamiento racionalista, el derecho subjetivo y el derecho objetivo se presentaban como realidades desconectadas de una legislación estatal (el primero se correspondía con los derechos naturales anteriores al propio Estado y el segundo, con el conjunto de reglas derivadas racionalmente de la exigencias de proteger esos derechos

¹⁰⁶ García de Enterría, Eduardo y Carante, Martínez. La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Administrativo, Op, cit. Pp 23-24.

¹⁰⁷ Kuhm, Thomas S. La estructura de las revoluciones científicas. Traducción de Agustín Contín. Fondo de Cultura Económica. 1971: La tradición *iusnaturalista* del derecho subjetivo queda sintetizada en la obra de Manuel Kant, cuyo pensamiento jurídico puede sintetizarse así: - de la razón deriva la libertad, entendida como exigencia del derecho natural; - de la libertad, la igualdad; y el mandato de no instrumentalización; - del mandato de no instrumentalización, la necesidad de instituir un Estado organizado conforme al principio de división de poderes; - del Estado, la Ley; - y de la ley, el derecho subjetivo como facultad que permite a un sujeto exigir, la obligación que el poder legislativo ha impuesto a otro y obtener protección, en un proceso conducido, no por funcionarios del gobierno, sino por el poder judicial.

¹⁰⁸ Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit, Pp. 36

naturales e individuales). A partir de las ideas de razón, libertad, se dibujaba un sistema jurídico completo, universal, inmutable, ajeno a las contingencias de cada momento o lugar, un sistema donde el derecho subjetivo, tenía prioridad lógica y axiológica respecto del derecho objetivo: el primero era, en gran medida la fuente del segundo¹⁰⁹.

El *iuspositivismo* viene a alterar radicalmente el anterior estado de cosas: los *derechos dejarán* de descubrirse por medio de la razón, para crearse a través de la acción del Estado; el sistema jurídico será el que en cada momento y lugar, establezca el Estado, fuente única de todo el derecho. Ello cambiará por completo, los términos de la relación entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo: el ciudadano tendrá derechos subjetivos (esto es, facultades para obligar a otros con el beneficio de la facultad judicial) a través del derecho objetivo del Estado y solo si este quiere atribuírselos. De modo que utilizando terminología moderna, el derecho subjetivo surgió inicialmente como derecho fundamental, esto es, como posición inmutable y universal capaz de imponerse al Estado; tras un largo proceso se afirmó solo como derecho “*ordinario*”, esto es, como poder que atribuía y configuraba una legislación estatal¹¹⁰.

El derecho administrativo desarrollaba las ideas de potestad y acto unilateral, frente a las de contrato o negocio bilateral del derecho privado, consecuentemente, para garantizar la libertad de un individuo, el derecho administrativo, atribuía poderes a la administración, que le permitían restringir la libertad de otro (imponiendo ordenes o condicionando el desarrollo de actividades privadas a la exigencia de determinadas autorizaciones), pero sujetándola a límites (*competencia, procedimiento, motivación, perturbación relevante, proporcionalidad...*)¹¹¹.

A mediados del siglo XIX se asistió a un auténtico cambio de paradigma: **(i)** Frente al individuo aisladamente considerado y el hombre abstracto, aparece la sociedad y el hombre concreto, condicionado por circunstancias existenciales y sociales; **(ii)** frente a las aspiraciones individuales, así como la libertad y la igualdad, derivados de la

¹⁰⁹ *Ibidem*, Pp. 42

¹¹⁰ *Ibidem*, Pp. 42 y 46

¹¹¹ Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo II. pp. 9-39-19-36. Citado en Medina Alcoz, Luis. *Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo*. Op, cit, Pp. 63.

naturaleza humana, empiezan a afirmarse los derechos colectivos. El Estado pasa de preservar el *status quo* y proteger el individuo a transformar la realidad y a tutelar a la comunidad; **(iii)** el centro de gravedad se traslada de la libertad y la igualdad que debe proteger el derecho objetivo, mediante un sistema imparcial de obligaciones y derechos, hacia el fin o interés, que quiere proteger el derecho objetivo, mediante un sistema parcial de obligaciones y derechos; **(iv)** por su parte el derecho subjetivo, deja de ser el ámbito para proteger al titular de las agresiones del obligado y se convierte en el fin que decide proteger el derecho objetivo, esto es: en un interés jurídicamente protegido¹¹².

Ese nuevo paradigma se impuso muy pronto en el derecho administrativo y en sus primeras elaboraciones científicas; nucleados alrededor del concepto de interés general. El Estado y el Derecho Administrativo, se presentaban plenamente identificados, y orientados a la protección del conjunto social; ello permitió al legislador consagrar obligaciones a cargo de la administración, sin derechos individuales correlativos, o con posiciones activas paralelas menos protegidas; nace así, el interés legítimo como reproducción del interés general que rivaliza con el multiseccular derecho subjetivo¹¹³.

El derecho administrativo forjado en los diferentes países de la Europa continental, estaba imbuido de liberalismo y a la vez de estatismo. Respondían al primero, los principios de legalidad y división de poderes, así como la construcción de una administración fuerte primariamente destinada a procurar seguridad a las personas y a sus cosas. Respondían al segundo, la negación del valor normativo de la constitución, el sufragio censitario y la construcción de una administración, todavía más poderosa que produce bienestar general y contribuye esencialmente a la construcción del Estado¹¹⁴.

El constitucionalismo europeo, a diferencia del norteamericano, negó a la constitución su carácter de norma superior¹¹⁵. Por eso los derechos así reconocidos no funcionaban como tales; los derechos existían solo en función de la Ley. Se impuso una suerte de desiusnaturalización y desconstitucionalización de los derechos, de modo tal que la

¹¹² *Ibidem* Pp. 71-72.

¹¹³ *Ibidem*, Pp. 73.

¹¹⁴ De Tocqueville, Alexi. *El antiguo régimen y la revolución* (Traducción Española; Madrid Alianza Editorial, 2004, p. 27); citado por Medina Alcoz, Luis. *Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo*. Op, cit., Pp. 84.

¹¹⁵ Cfr. Ver en Blanco Valdés, Roberto L. *El Valor de la Constitución*. Editorial Alianza. 2006.

posibilidad de exigir a la administración comportamiento de hacer o no hacer, con el beneficio de la protección plena, pasaba a depender enteramente de la Ley, verdadero eje del sistema político. La cuestión del derecho subjetivo enfrentado a la administración era en gran medida infraconstitucional; pertenecía prácticamente en exclusiva al derecho administrativo, de la misma manera que la solución del problema del derecho subjetivo en las relaciones entre particulares pertenecían al derecho civil¹¹⁶.

La reflexión científica sobre el derecho administrativo adopto como sector de referencia la actividad administrativa de policía; el conjunto de la disciplina estaba mediatizado por la idea de interés general, y respondía a un enfoque finalista como consecuencia de una regulación procesal de signo autoritario: hurtaba al juez ordinario las controversias administrativas, a las vez que limitaba las facultades tutelares del juez administrativo; desarrollando con ello un régimen especial, que rompía la igualdad para favorecer los intereses de una parte (administración), en detrimento de la otra (ciudadano). El derecho administrativo *material*, aunque estuviera formulado como régimen neutral orientado nada más que a proteger la libertad individual, a través del derecho administrativo *procesal*, se convertía en un régimen finalista destinado a favorecer los intereses públicos¹¹⁷.

El derecho dejaba de ser un derecho unitario que pudiera explicarse a través de una única idea, la libertad. Los derechos privado y público no eran ya normas esencialmente coincidentes, por estar exclusivamente destinadas a establecer el marco de límites que permiten el libre desenvolvimiento de personalidades individuales. El funcionalismo (social o autoritario) al que respondía buena parte del derecho administrativo, permitía afirmar que si el derecho civil satisface intereses privados, las leyes reguladores del poder de la administración son muy distintas al estar por definición orientadas a intereses generales. Imponen límites a la acción administrativa destinados claramente a satisfacer finalidades públicas, sin proteger necesariamente intereses particulares¹¹⁸.

La perspectiva del fin o el interés permitía trazar fronteras netas entre el derecho civil y el

¹¹⁶ G. Maestro Buelga. "Los derechos públicos subjetivos en la Historia del Constitucionalismo español". Revista de Derecho Político, núm. 41, 1996, pp 131-132. Citado por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op. cit. Pp. 85.

¹¹⁷ *Ibidem*, Pp.88.

¹¹⁸ *Ibidem*,. Pp. 90

derecho administrativo, entre la sociedad y el Estado, y sugería de inmediato una relevante pregunta: si el derecho administrativo objetivo es singular en razón de su finalidad *¿debe serlo también su teoría del derecho subjetivo y del proceso contencioso administrativo?*. Esta pregunta puede desglosarse en las siguientes: si la ley impone obligaciones a la administración en beneficio del interés general: *¿quién es la contraparte de aquellas obligaciones?, ¿la colectividad?, ¿la administración que la representa?, ¿la obligación asignada a la administración carece del correlativo derecho del ciudadano perjudicado de reclamar su derecho?, ¿quiebran los principios de la correlatividad y la protección plena?, ¿el ciudadano perjudicado no puede exigir judicialmente el cumplimiento de aquella obligación?, ¿deja de tener derechos frente al poder administrativo, pura y simplemente por razón del interés general?*; el problema era lisa y llanamente: si el ciudadano perjudicado por la infracción de la Ley, que obliga a la administración a actuar mediante órgano competente, a dar audiencia, a motivar sus resoluciones, a orientar el ejercicio del poder hacia un determinado interés público, puede hacer valer derechos subjetivos correlativos y por tanto, de protección judicial plena¹¹⁹.

Para la teoría general del derecho elaborada bajo el influjo de la escuela del derecho natural, la idea de que la obligación implica un derecho y de que el derecho implica la acción y la protección judicial plena dentro de un proceso paritario, era una exigencia derivada en última instancia de la libertad; estaba encerrada en el concepto mismo de derecho subjetivo. Al colocar el interés general en el puesto de la libertad, el derecho administrativo consiguió alejarse por completo de aquellas derivaciones lógicas. El interés general al que se orientaba inicialmente el derecho administrativo justificaba que la obligación impuesta a las prerrogativas de la administración, dejara de funcionar como derecho subjetivo y con ello, que el ciudadano no recabara la protección judicial; cabía solo, recurrir ante una jurisdicción administrativa y asimétrica, que no proporcionaba la protección plena inherente al derecho subjetivo. En cuanto a la obligación que pesa frente a la potestad administrativa, el ciudadano tenía solo intereses; ese concepto permitía garantizar inmunidad jurisdiccional a la administración o edificar una justicia administrativa especial menos garantista que la civil o general. Lo anterior porque la Ley, colocada en el centro del sistema político, atribuía derechos solo en las relaciones entre

¹¹⁹ *Ibidem.*, Pp. 91 -92.

particulares y en las relaciones administrativas horizontales.

De un modo u otro; los diferentes sistemas de derecho administrativo han adoptado históricamente el enfoque finalista que popularizó Ihering para desarrollar una teoría especial y antiliberal que, con diferentes matices y efectos, se apoyó en la finalidad pública de la norma jurídico-administrativa para construir la noción de interés (jurídicamente desprotegido o menos protegido) y negar el derecho subjetivo y por lo tanto igualmente la tutela judicial plena del ciudadano enfrentado al poder administrativo¹²⁰.

La actual ciencia europea del derecho público ha sabido aislar la fractura que supuso el siglo XIX en el proceso de afirmación del principio democrático (sufragio universal) y de la eficacia normativa de la constitución, pero no, en líneas generales respecto de otras de las grandes consecuencias del ideario revolucionario y de la tradición iusnaturalista que este condensa: el derecho positivo como sistema de derechos subjetivos. El lenguaje del derecho administrativo sigue lastrado por las elaboraciones técnicas (Carl Friedrich Von Gerber, Rudolf Von Gneist, Otto Von Sarwey, Georg Jellinek, Otto Mayer, Maurice Hauriou, León Duguit, Orestes Ranalletti, Santi Roco, Sabino Álvarez - Gendín, Fernando Garrido Falla, Juan Antonio García-Trevijano Fos, entre otros); que contribuyeron decisivamente a explicar o desarrollar un derecho objetivo sin derechos subjetivos¹²¹.

A efectos de contextualizar esta evolución, se relacionarán algunos conceptos del derecho administrativo respecto al derecho subjetivo del ciudadano, teniendo como marco referencial a Francia, Italia, Alemania y España.

Francia

1. En Francia las finalidades públicas del derecho administrativo sirvieron para rechazar la idea de Estado, de Derecho Objetivo y de Derecho Subjetivo que había desarrollado la escuela del Derecho natural y la teoría general de derecho. Se edificó

¹²⁰ *Ibidem*, Pp. 94-95.

¹²¹ *Ibidem*, Pp. 97.

una teoría *especial* ajustada a otra concepción del Estado, de la norma jurídico-administrativa y de la posición del ciudadano enfrentado al poder de la administración. Tal teoría se gestó poco a poco, con base en el denominado “recuso por exceso de poder”; un contencioso de mera anulación sustanciado dentro de la propia administración; configurando una administración sometida férreamente a la ley y simultáneamente inmune el control judicial¹²².

2. A mediados del siglo XX para la teoría general elaborada bajo el influjo iusnaturalista; la idea de que la obligación implica un derecho y que el derecho implica la acción procesal y la protección en un proceso paritario conducido por jueces independientes, derivado en último término de la exigencia de libertad, estaba encerrada en el concepto mismo de derecho subjetivo. Sin embargo, la idea de interés general dominante dentro del derecho administrativo había quebrado ya por entonces ese esquema; el contencioso – administrativo se había configurado radicalmente de manera distinta, al estar penetrado por el espíritu de la administración y sus necesidades. Ese singular régimen procesal estaba desde sus orígenes, vinculado al objetivo de procurar protección no al individuo, sino a la propia administración frente a la censura de los jueces¹²³. Se había instalado así una reinterpretación de la separación de poderes (como principio que impide demandar a la administración ante los órganos del poder judicial); las controversias con la administración debían sustanciarse dentro de la propia administración, y su resolución respondía no a la protección al individuo, sino a los intereses de esa administración¹²⁴.
3. El interés social sustituía a la libertad individual y ello conducía inevitablemente a justificar una justicia no solo *administrativa* sino también *objetiva*, exclusivamente preocupada por asegurar una administración cumplidora de sus deberes legales, la tutela del ciudadano frente al poder administrativo no era necesaria, porque no habían derechos individuales que tutelar. El proceso administrativo se concebía como un mecanismo destinado a salvaguardar el interés general, protegido por la norma jurídico-administrativa incumplida, mediante la expulsión del acto administrativo

¹²² *Ibidem*, Pp. 101.

¹²³ *Ibidem*, Pp. 102.

¹²⁴ *Ibidem*, Pp. 102.

ilegal; no a tutelar el interés individual del ciudadano; este no está contemplado en la norma. El contencioso no era un proceso entre partes, sino un proceso al acto, del que solo puede resultar su anulación¹²⁵.

4. Este planteamiento fue formalizándose técnicamente durante la segunda mitad del siglo XIX consagrando el llamado recurso por exceso de poder, como un modelo de justicia objetiva o puramente revisora, que confía al individuo la responsabilidad de poner en marcha el proceso, no porque quiera protegerle, sino para que actúe como una suerte de ministerio fiscal, consagrándose igualmente la denominada jurisdicción administrativa subjetiva plena, o de derecho subjetivo; que es la encargada de enjuiciar los conflictos que surgen en relaciones horizontales entre el ciudadano y la administración, cuando esta lleva actuaciones de pura gestión¹²⁶.
5. El individuo se convierte en súbdito; su conciencia y voluntad quedan alienadas y aglutinadas junto a las de los demás miembros de la comunidad en una persona moral, el Estado como “institución de las instituciones”, diseñadas para proteger la libertad y la vida civil. El Estado no llega a convertirse en una conciencia colectiva trascendente a los individuos, pero sintetiza la idea común de los miembros del grupo. En esta segunda posición, el súbdito conserva la libertad de someterse o adherirse a la idea común que encarna el Estado y sus leyes a través de libertades concretas (ejemplo: prensa, reunión, asociación). Se trata de derechos subjetivos reconocidos en interés del individuo, pero también y sobre todo en interés de la Nación; tales derechos son capitales para la liberación colectiva y, por ende, para la estructuración y subjetivación misma del Estado.¹²⁷
6. El *régime administratif* contribuyó decisivamente a hacer realidad un Derecho Administrativo con garantías y el consiguiente “milagro” de una Administración sujeta a Derecho. De modo que, bajo la forma de protección del colectivo, Francia calificó un modelo material de tutela individual que ha facilitado en toda Europa la transición del

¹²⁵ *Ibidem*, Pp. 103

¹²⁶ Cfr. García de Enterría, Eduardo. La lucha contra las Inmunidades del Poder, pp. 159-205; - La Lucha de los Derechos, pp 180-195. Ed. Marcial Pons. 2016. Pp. 101. La Lengua de los Derechos, pp 180-195. Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional ¿un cambio de paradigma?, Thomson – Civitas 2007. Citado en Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Ob, cit. Pp. 103.

¹²⁷ Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 108.

Ancien Régime al Estado de Derecho. Se orientaba formalmente a la preservación de la legalidad objetiva y el interés general, pero ha sido justamente alabado por las formidables garantías individuales producidas dentro de él¹²⁸.

7. En los últimos años el Derecho administrativo francés ha ido superando esos déficits de garantía. Para empezar, quienes afirman el carácter objetivo del recurso por exceso de poder evitan ya por lo general resaltar la teoría material de las situaciones activas que aquel carácter presupone. Ya no dicen que el recurso por exceso de poder se funda en la existencia del derecho subjetivo como categoría o el Estado como institución que aglutina y aliena la conciencia y la voluntad de cada uno de los miembros de la comunidad. Afirmar que el recurso por exceso de poder protege solo la legalidad objetiva sigue significando que el ciudadano carece de un derecho subjetivo a exigir con el beneficio de la protección plena los comportamientos de hacer o no hacer que la ley impone a la *puissance publique*. El “*interés*” activa un contencioso objetivo aun cuando el recurrente carezca de un derecho subjetivo, como si los conceptos “*contencioso objetivo*” y “*derecho subjetivo*” no fueran recíprocamente excluyentes. El interés se explica en “*positivo*” como instrumento que proporciona tutela; no en “*negativo*”, como concepto autoritario que entraña la negación del derecho subjetivo correlativo a las obligaciones administrativas y, con ello, la de la protección judicial plena de quien sufre las extralimitaciones del poder¹²⁹.

8. La conversión del administrado en titular de derechos y, en cuanto tal, en sujeto merecedor de tutela judicial efectiva frente a la Administración es una de las transformaciones recientes más relevantes del Derecho Administrativo francés. De modo que el derecho administrativo francés se ha venido adaptando a la creciente “*demanda social*”. Por eso la noción de “derecho a la legalidad” se ha hecho hueco en el vocabulario de los administrativistas al lado del principio de la legalidad como concepto objetivo fundamental del derecho administrativo clásico¹³⁰.

¹²⁸ García de Enterría, Eduardo. Lucha contra las inmunidades del poder, Op, cit. Pp. 159-205.

¹²⁹ Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit., Pp. 111.

¹³⁰ *Ibidem*, Pp. 112.

Italia

1. En un principio se sigue la tradición en el sentido que los ciudadanos, carecen de derechos subjetivos frente a la administración que ejercita sus poderes; la potestad administrativa y el derecho subjetivo se excluyen recíprocamente. El fundamento es esencialmente el mismo relacionado con el derecho francés: la potestad, en cuanto a la situación jurídica unilateral atribuida para la protección del interés público, impide que el interesado pueda hacer valer derechos subjetivos¹³¹.
2. Dos maestros del derecho administrativo italiano, reafirmaron la incompatibilidad del derecho subjetivo con la potestad administrativa; presentaron el interés general y el derecho subjetivo, como conceptos recíprocamente excluyentes en consonancia de la teoría de Ihering (escuela alemana del derecho público) y la doctrina francesa (Duguit, Hauriou).

Santi Romano, frente al tradicional principio de la correlatividad, y la consecuente configuración de la “obligación” y el “derecho”, como conceptos simétricos, acude al concepto de “deber” para señalar, que este, “el deber” a diferencia de la obligación, carece de derechos subjetivos correlativos por situarse al margen de aquellas relaciones. Las exigencias normativamente impuestas a la administración, son “deberes” si responden a una “función”, es decir, si sirven a la tutela de los intereses objetivos o generales. De modo que cada uno de los vínculos que pesan sobre la administración que ejerce sus poderes, constituye un deber sin derecho subjetivo correlativo. Los ciudadanos tienen solo intereses, en el cumplimiento de estos deberes; intereses que, por no constituir derechos subjetivos, pueden estar privado de toda defensa. Si bien en ocasiones el ordenamiento atribuye al ciudadano medios reaccionales (administrativos o jurisdiccionales) frente a la infracción de estos deberes, el sentido de los mismos es simplemente asegurar que la administración cumpla adecuadamente su función.¹³²

3. Para Enrico Guicciardi la norma reguladora de potestades administrativas (norma de
-

¹³¹ Ibídem, Pp. 116.

¹³² Romano, Santi. Fragmentos de un Diccionario Jurídico. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas - América. 1964, pp. 89-95. Citado en Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit., Pp. 121.

acción) persigue exclusivamente la realización del interés público; por eso impone límites a la administración que no pueden interpretarse como derechos subjetivos del ciudadano perjudicado por su incumplimiento. Cuando la administración viola esa norma se resiente el interés público, pero no la esfera jurídica del ciudadano. El ordenamiento legitima a los administrados que resultan indirectamente afectados por la referida violación (por proyectarse sobre sus meros intereses), para acceder la vía jurisdiccional, promoviendo la reparación de la lesión del interés general a través de la restauración del derecho objetivo, esto es, mediante la eliminación del acto ilegal. La anulación, desde esta óptica, entraña una protección directa del interés público perseguido por la norma, y solo tutela de forma refleja, los intereses privados¹³³.

Señala igualmente que existe otro tipo de norma (norma de relación), que disciplina las relaciones de la administración, con los administrados, preocupándose por los intereses particulares a través del reconocimiento de derechos subjetivos. La infracción de esta norma, no trastorna el interés general, pero entraña la lesión de un derecho subjetivo, cuya reparación solo puede realizarse a través de medidas restitutorias y resarcitorias. Tiene pleno sentido, entonces, que la ley encomiende al juez ordinario a la instancia jurisdicción protectora de derechos individuales, el conocimiento de estas cuestiones, proporcionado los remedios restitutorios y resarcitorio, pero no el anulatorio, que sirve única y exclusivamente para quitar del medio el acto lesivo del interés general.¹³⁴

El interés legítimo ha construido así aquella escalofriante imagen del ciudadano sin derechos; refleja la vieja separación entre Estado y sociedad, y la fuerza de una tradición, que se mantiene en las leyes y en la cultura jurídica, por debajo de la solemne proclamación constitucional de la soberanía popular, como soberanía del hombre libre¹³⁵.

4. En los últimos tiempos, tras la reforma constitucional de 1999 se ha venido

¹³³ Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Editorial. Thomson-Civitas. 2005. Pp. 75-76.

¹³⁴ Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 121.

¹³⁵ *Ibidem*, Pp. 124.

reivindicando la noción del derecho subjetivo frente a la del interés legítimo; reconociéndose abiertamente que las garantías del juicio justo deben proyectarse sobre todos los procesos, incluidos los de la jurisdicción administrativa, tal y como se consagra igualmente en el Código de Procedimiento Administrativo (Decreto Legislativo 104 de julio 2 de 2010); bajo ese contexto el juez administrativo, tiene plenos poderes de cognición de los hechos y está autorizado a dictar pronunciamientos condenatorios contra la administración. Al igual que en Francia, la subjetivación del contencioso - administrativo, resultante de las reformas procesales, presupone la subjetivación del derecho administrativo, y con ello, la afinación del derecho subjetivo como posición activa del ciudadano que sufre el incumplimiento lesivo de las obligaciones que la ley impone a la potestad.

En este orden de ideas, la ciencia Italiana del Derecho Administrativo está produciendo un formidable cambio de enfoque: empieza a explicar la potestad y sus límites a partir de la constitución y bajo la óptica del individuo, con el lenguaje del derecho subjetivo; no a partir de la legalidad ordinaria, bajo el prisma del bien comunitario que protege la administración, con el lenguaje del interés legítimo, lo que conlleva en los tiempos actuales al rechazo de las doctrinas indicadas de Santi Romano y Enrico Guicciardi, que negaban el derecho subjetivo como correlato del deber jurídicamente impuesto al poder administrativo¹³⁶.

Alemania

1. El debate sobre la posición jurídica del ciudadano enfrentado al poder, empezó durante la segunda mitad del siglo XIX vinculado al surgimiento mismo de la ciencia del derecho público alemán, con la misión de introducir en ella, la geometría de las construcciones jurídico - privadas, pero con la impronta autoritaria característica de todo el pensamiento europeo, sobre las relaciones individuo – Estado¹³⁷.
2. IHERING, Rudolf Von igualmente centró su tesis en el concepto de “*interés*”, entendido como “*un puente entre el reino sin restricciones del derecho privado*” y “*el*

¹³⁶ *Ibidem*, Pp. 128.

¹³⁷ *Ibidem*, Pp. 132.

mundo coercitivo del Estado”, como un elemento material que estaba en la base de todo derecho, que vinculaba a este con criterios de política legislativa; este autor, deshizo el principal principio de correlatividad entre obligaciones y derechos lo cual, tuvo enormes consecuencias, no tanto en derecho civil, sino en el derecho administrativo. Su tesis, constituye la base para interpretar que el derecho administrativo objetivo, al estar destinado al interés general, puede proporcionar ventajas a los particulares a modo de efecto reflejo, pero sin atribuir derechos subjetivos y por tanto, sin que los perjudicados por su incumplimiento, puedan reaccionar ante los tribunales¹³⁸. Se trata de una idea, que ha ejercido una decisiva influencia dentro y fuera del entorno germánico; a ella pueden reconducirse de un modo u otro, las tesis de *ius publicistas* franceses (Barthelemy), italianos (Ranelletti Jacadi, Roman); españoles (Fernández de Velasco, García Oviedo, Fernando Garrido Falla, Juan Antonio García-Trevijano Fos), y frente a ella, se han propuesto doctrinas rivales en el ámbito del derecho administrativo (García de Enterría) y de la teoría general del derecho (Hart).

Carl Friedrich Von Gerber (fundador de la escuela alemana de derecho público), traspasó el concepto jurídico – privado de persona, al Estado. Los individuos reinaban en la sociedad, a través de un derecho privado neutral y paritario, pero desaparecían dentro del Estado – persona, como síntesis de la unidad colectiva destinada a interpretar, y realizar el interés general; para este autor, el Estado encuentra limite en el Derecho, pero éste, no es más, que la ley que encarna la propia voluntad del Estado, el planteamiento representaba una reacción *ius positivista* y conservadora, a los derechos originarios e innatos heredados del *ius naturalismo*: la fuente única y verdadera de todo el derecho es el Estado, como exponente de soberanía plena. En este marco el derecho subjetivo no sería más que el reflejo del derecho objetivo, esto es, un sistema de reglas respecto del que el Estado, tiene plena disponibilidad¹³⁹.

Otto Von Serway, desarrollo el concepto de interés partiendo de Ihering; desde su

¹³⁸ Ihering, Rudolf Von, El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, pp 1040-1043. Ver igualmente LM Lloredo, Alix. Rudolf Von Jhering. El paradigma Positivista, Fundamentos Ideológicos y Filosóficos de su pensamiento Jurídico. Madrid. Dikenson, 2012. Pp 373-383. Citado por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit, Pp. 132.

¹³⁹ *Ibidem*, Pp. 133.

visión, la persona tiene dos tipos de interés frente al Estado; unos son los “*patrimoniales*”, aquellos que, por tener valor monetario son derechos en sentido estricto, esto es, intereses privados protegidos; cualquier intervención sobre ellos, es una intervención jurídico-privada, de la personalidad; tales derechos pueden tener fundamento, en el derecho tanto público como privado. Las controversias sobre tales derechos deben residenciarse en la jurisdicción contencioso administrativo con independencia de la rama del derecho que le brinda protección. Igualmente existen los derechos “ideales”, los que el particular tiene sin referencia a posibles efectos sobre su patrimonio económico; es la situación, del ciudadano frente al derecho administrativo. Las leyes que regulan las relaciones con los particulares, sin pretender efectos patrimoniales, tienen en principio, no la protección de los intereses particulares, sino el bienestar de la generalidad¹⁴⁰.

Jellinek, Georg¹⁴¹, partía por entender la noción de derecho subjetivo como “*el poder de la voluntad*” reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en cuanto orientado a la realización de un bien o interés; bajo esa perspectiva, todos los derechos subjetivos, también los reconocidos en la relación entre particulares, son, antes que nada un producto estatal.

Este autor distingue igualmente, dos tipos de derechos subjetivos, el derecho privado subjetivo y el derecho público subjetivo. El primero deriva de las normas jurídico-privados que adopta el Estado en beneficio de intereses individuales; este derecho privado subjetivo haya su fundamento primario en la libertad individual del hombre, en su capacidad de acción, pero solo existe efectivamente a través de un acto estatal de concesión. El ciudadano es titular de este tipo de derechos frente a otros, pero también puede serlo frente al propio Estado; este (el Estado), aunque siempre actúa en razón del interés general, utiliza a veces los instrumentos de los particulares y por

¹⁴⁰ Drake Esteban Antonio. El derecho público subjetivo como instrumentación técnica. pp. 70- 95. Tomo la cita traída por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 134.

¹⁴¹ La máxima aportación de Georg Jellinek, radicó en coincidir no solo al Estado, sino también a los ciudadanos como titulares de derechos públicos, de la que a su vez, se desprende una consecuencia trascendental: la relación que entre ellos se establece cabe perfectamente dentro de los moldes de una relación jurídica, y los conflictos que de ella resulten, pueden ser resueltos judicialmente. Estrada, Alexei Julio. *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*. 48 Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. 1997. p. 9.; para profundizar sobre la teoría del estatus, ver Alexi, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid. 2007, p. 219 y ss.

tanto, se sujeta a la disciplina que él mismo, ha establecido para ellos, a la vista de sus intereses individuales (contratos). Por su parte, el derecho público subjetivo, sería la posición de poder, que el Estado atribuye frente así, aun ciudadano, mediante la norma jurídico-pública, que garantiza una pretensión, destinada a la satisfacción de intereses individuales. Se trata de un derecho creado o concedido por el Estado, no tiene como causa la libertad natural; los derechos atribuidos al ciudadano frente a la administración, deben ser protegidos por una jurisdicción administrativa subjetiva¹⁴²

3. La teoría pura del derecho de Kelsen, igual que el iuspositivismo de Jellinek, purificada de elementos extraños de carácter científico – natural y político – ideológico, sobre como “*debe ser y como debe*” formarse el derecho, responde solo a la pregunta “*de que y como se forma el derecho*”¹⁴³. Esta premisa condujo al jurista austriaco a independizar el concepto de “derecho subjetivo” de su fundamento liberal originario y a reducir, sobre manera los casos en que puede hablarse propiamente de derechos individuales frente al Estado¹⁴⁴. Respecto de los derechos subjetivos frente al Estado, Kelsen afirmaba en efecto, que existen solo cuando la norma jurídica impone el deber, haciendo depender el cumplimiento del individuo; sugería de este modo, que hay derecho en la obligación de la administración de abonar el precio de las prestaciones pactadas, (el acreedor puede condonar la deuda), pero no hay un derecho correlativo, en la obligación de motivar, la resoluciones administrativas (el ciudadano no puede liberar de su cumplimiento a la administración).

Según Kelsen, el individuo, no estaría esgrimiendo estrictamente derechos subjetivos, porque el Estado no puede lógicamente actuar contra el derecho, esto es, contra sí mismo; afirmar que el Estado (juez) declara y repara la vulneración de un derecho del súbdito frente al Estado (administración) supondría el desdoblamiento de una voluntad, sobre cuya unidad descansa toda la construcción de la personalidad del Estado. De modo que cuando se dice que un juez tutela un derecho contra el Estado, debe entenderse que el Juez, como órgano estatal, reconoce que otro órgano estatal,

¹⁴² Jellinek, Georg . Sistema de los Derechos Públicos Subjetivos. 1 ed. Tomo la cita traída por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 134.

¹⁴³ Kelsen, Hans. La teoría pura del Derecho. Traducción de la Primera Edición de 1934. Madrid, Trotta. 2011. Pp. 7-41.

¹⁴⁴ Kelsen Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Trad. de la segunda Ed. de 1911. Porrúa, México 1987. Pp. 509-516 y 571 -578. Cita traída por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit., Pp. 137.

ha incumplido un deber¹⁴⁵. Kelsen, para sustentar su teoría sobre el derecho subjetivo, no pretendía justificar esferas de inmunidad en la administración, ni rechazar el acceso a la jurisdicción o la protección judicial plena; rechazo la supuesta superioridad del Estado frente al individuo, consideró que toda ley puede considerarse emitida tanto el interés de la colectividad, como el interés de los individuos; denunció asimismo la insostenibilidad de la clasificación de las normas jurídicas y de los derechos en privados y públicos, bajo el supuesto de la finalidad normativa (oponiéndose a Ihering y a Jellinek, Georg, es decir a la teoría del interés y a que el derecho objetivo, si está orientado a la colectividad, produzca solo efectos reflejos, nunca derechos subjetivos)¹⁴⁶.

Puede observarse entonces, que en Alemania, al igual que el derecho administrativo de toda Europa, venía formalizando teóricamente y desarrollando prácticamente desde el siglo XIX bajo las premisas de: la supremacía del Estado sobre el “*individuo*”; del interés general sobre el particular; la incompatibilidad intrínseca entre el interés general y el interés individual.

4. Los desarrollos sucesivos con base en el renovado marco proporcionado por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, sirvieron de base para la reivindicación del derecho subjetivo; la imagen del hombre libre se impuso rotundamente: el individuo es por entero y por principio *sujeto* de derechos, en todo el ordenamiento jurídico¹⁴⁷; el “*derecho subjetivo*” se convierte en una figura de derecho constitucional; se afirma como instituto constitucionalmente garantizado (art. 19.4¹⁴⁸ LF) y condición esencial para la existencia misma del Estado Social de Derecho. En ese orden de ideas, se ha venido entendiendo que la Ley Fundamental ha subjetivado el derecho administrativo objetivo; todo interés individual frente al Estado, protegido por el derecho objetivo, es decir, toda protección ofrecida y garantizada por el ordenamiento jurídico, se transforma en un derecho subjetivo, todos los intereses jurídicamente protegidos, han

¹⁴⁵ Kelsen, Hans. La teoría pura del Derecho. Op. cit., Pp. 149-150.

¹⁴⁶ Kelsen Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Trad. de la segunda Ed. De 1911. Porrúa, México 1987. Pp. 565. Cita traída por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op. cit. Pp. 138.

¹⁴⁷ Wahl Rainer. Los últimos 50 años de Derecho Administrativo Alemán. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2013, pp. 39.

¹⁴⁸ Ley Fundamental de Bonn de 1949. “Artículo 19 [Restricción de los derechos fundamentales]... (4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, frase 1...”.

sido elevados al rango de derechos subjetivos. La reivindicación del individuo conlleva a que la discrecionalidad haya dejado de ser solo un problema objetivo de control de la actividad de la administración, y se haya convertido también y sobre todo, en un problema subjetivo de protección del ciudadano¹⁴⁹.

Por esas razones, la doctrina alemana clasifica los derechos subjetivos frente a la potestad, en función del grado de programación normativa y de agotamiento de la discrecionalidad: si la potestad es reglada, el ciudadano es acreedor de un derecho subjetivo de contenido de derecho específico; si la potestad es discrecional, el ciudadano es acreedor del derecho a una resolución administrativa sin contenido predeterminado, pero libre de vicios. Se dice en ese sentido, que a la obligación administrativa de ejercer correctamente la discrecionalidad (o, si estuviera reducida a cero de adoptar la única decisión legalmente posible), le sigue un correlativo derecho subjetivo, a obtener una decisión conforme a derecho (o a obtener una decisión en un determinado sentido)¹⁵⁰.

El concepto de derecho subjetivo encierra en sí, desde su visión práctica, su exigibilidad ante los tribunales. No hay verdadero derecho subjetivo, sino hay la posibilidad de obtener su plena protección jurisdiccional; la justiciabilidad de las controversias, suscitadas entre el ciudadano y el poder público, se convierte así, en garantía de la juricidad de todo el Estado y con ello, en coronación del Estado de Derecho. El legislador puede utilizar la jurisdicción para controlar la legalidad objetiva, y proporcionar con ello tutela judicial efectiva; pero debe necesariamente garantizar, que el proceso sirva a la tutela judicial individual, que constituye su verdadero fundamento¹⁵¹.

5. De conformidad con los planteamientos anteriores, se podría indicar que la Ley Fundamental de Bonn, consagró el principio de correlatividad, y el colorario de la protección plena, sin dejar espacio al denominado interés legítimo, ni en el sentido francés (título legitimador que pone en marcha el contencioso de anulación para la

¹⁴⁹ Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 143.

¹⁵⁰ Hartmut, Maurer. Derecho Administrativo. Parte General. Madrid. Marcial Pons. 2011. Pp. 201.

¹⁵¹ Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 144.

protección de la legalidad objetiva del que el recurrente solo obtiene en su caso ventajas de manera refleja), ni en el Italiano (posición jurídico-subjetiva menor, que obtiene solo el beneficio de la expulsión del acto administrativo ilegal), ni en el clásico alemán, que en alguna medida es la fuente de que han bebido los demás (efecto reflejo del derecho objetivo carece de protección judicial). Sin embargo no es así, la subjetivación del derecho administrativo alemán no es absoluta, no ha conllevado la supresión completa de todo espacio para normas jurídico – administrativas, que quieren imponer vínculos a la administración sin el correlativo derecho subjetivo. En otros términos, el sistema alemán conserva aún, el concepto de interés (con la negación consecuente tanto del derecho subjetivo como de la protección judicial plena) a través de la denominada “*teoría de la norma protectora*”¹⁵².

Bajo esta teoría la norma jurídica- administrativa que impone una obligación a la administración, no reconoce derechos subjetivos correlativos, aunque su incumplimiento produzca perjuicios individualizados, si tiene por finalidad objetivos colectivos”¹⁵³.

España

1. El derecho administrativo español igualmente en un primer momento, negó el derecho subjetivo como posición jurídico- subjetiva correlativa a la obligación legalmente impuesta a la potestad administrativa (con la consecuente negación o reducción de la protección judicial); asistió igualmente después a la reivindicación del derecho subjetivo¹⁵⁴.

Dos relevantes autores Fernando Garrido Falla y Juan Antonio García – Trevijano Fos, elaboraron en sus respectivos tratados de derecho administrativo acabadas teorías de las situaciones activas del administrado, escribiéndose directa y claramente en la tradición negadora del derecho subjetivo frente a la potestad administrativa. Ambos asumieron la precitada distinción italiana entre la norma

¹⁵² Drake Esteban Antonio. El derecho público subjetivo como instrumentación técnica...pp. 43-44. Tomo la cita traída por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 145.

¹⁵³ Ibídem, Pp. 146

¹⁵⁴ Ibídem, Pp. 146

jurídico-administrativa que contempla derechos individuales de la que protege prevalentemente intereses generales. (Norma de relación – norma de acción)¹⁵⁵.

2. La reivindicación del derecho subjetivo empieza a desarrollarse entre otros, con un artículo de García Enterría “*Sobre los derechos públicos subjetivos*”, donde elabora la teoría del derecho subjetivo reaccional en oposición a los ya reseñados modelos francés, italiano y germánico¹⁵⁶. Esta concepción afronta el derecho subjetivo como un problema de derecho constitucional; determinar las posiciones jurídico – subjetivas, que atribuye el derecho administrativo objetivo, pasa a ser una cuestión enteramente dependiente de las bases del contrato social que plasman las cartas constitucionales; el punto de partida no es ya la mera legislación ordinaria, ni la regulación de la justicia administrativa, sino el principio de Estado de Derecho, todo bajo el entendimiento de considerar bajo el influjo de la doctrina alemana al derecho administrativo como “derecho constitucional concretizado”¹⁵⁷. La afirmación del Estado de Derecho obliga a entender que todo el derecho administrativo objetivo, es derecho subjetivo bajo la condición de que la infracción del primero perjudique a quien quiere hacer valer el segundo. Siempre que la infracción de un vínculo normativamente impuesto a la administración acarrea este efecto, el principio de Estado de Derecho afirma la lesión de un derecho subjetivo correlativo. Este postulado material del Estado de Derecho, se traduce igualmente en una exigencia procesal muy relevante y concreta: la superación de la concepción objetiva del proceso administrativo. Como el ciudadano es titular de derechos, el juez ha de disponer de más facultades que la estrictamente anulatoria; deben admitirse, por tanto, con toda naturalidad las pretensiones de jurisdicción plena¹⁵⁸.

García de Enterría, rechaza abiertamente que el derecho administrativo, en general, y la regulación de las potestades en particular, pueda imponer obligaciones a la administración sin correlativas posiciones activas plenamente protegidas (derechos) solo porque estén orientados hacia finalidades de interés general.

¹⁵⁵ Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Op, cit, pp. 412-418. Juan Antonio García – Trevijano Fos. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. pp 558-576. Citado en Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Op, cit., Pp. 181

¹⁵⁶ Enterría García, Eduardo y TR Fernández Rodríguez. Curso de Derecho Administrativo. Pp, cit, pp. 34-54.

¹⁵⁷ *Ibidem*, Pp. 34-54

¹⁵⁸ *Ibidem*, Pp. 34-54.

Se centra entonces a impugnar tanto la doctrina italiana liderada por Enrico Guicciardi (y con ella, la de los profesores españoles que siguen las misma tendencia), como la teoría de la norma protectora del moderno derecho administrativo alemán. Respecto de la primera, insiste en que, en realidad, toda norma objetiva, también la del derecho privado, se pone al servicio de intereses generales; carece de sentido entonces, hacer depender la dependencia de derechos subjetivos de la finalidad de la norma. Contesta la segunda en el sentido que, para determinar que si quien invoca una norma jurídico-administrativa tiene un derecho subjetivo que le permite exigir su observancia, lo determinante no es que esa norma haya querido proporcionarle una ventaja, sino que el incumplimiento le haya ocasionado un perjuicio, la finalidad de la norma infringida, es completamente irrelevante¹⁵⁹.

El derecho administrativo de los países latinos construye igualmente la imagen del ciudadano sin derechos, también bajo el doble influjo del autoritarismo del siglo XIX y de la crisis de democracia liberal de principios del siglo siguiente¹⁶⁰.

De manera general nuestro ordenamiento jurídico colombiano, que como es de conocimiento tiene su fuente originaria en el ordenamiento francés, igualmente en sus inicios, aceptó la razón de la jurisdicción contencioso administrativa, como una función de control del acto administrativo y no como un proceso entre partes; con posterioridad se han materializado los dos controles, tanto el control objetivo como subjetivo de legalidad del acto administrativo; puede afirmarse que se trata de un proceso interpartes y no solamente de un proceso de revisión de la decisión administrativa¹⁶¹.

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico ha evolucionado en el sentido de otorgar una tutela judicial efectiva para el reconocimiento de derechos

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 34-54.

¹⁶⁰ *Ibidem*, Pp. 142.

¹⁶¹ Sobre este aspecto puede profundizarse la "Teoría de los motivos y finalidades". En especial: Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola; cuatro (4) de marzo del dos mil tres (2003); Radicación número: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030); Corte Constitucional - sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002 y el artículo 137 y 138 CPACA).

subjetivos, independientemente del interés o la finalidad general o pública del acto administrativo; se quiere significar, que en estos eventos el ciudadano que considere que una decisión administrativa de esa naturaleza le ha causado un perjuicio, puede ejercer un control de legalidad subjetivo bajo los límites temporales establecidos en la ley.

De esta manera queda demostrada la evolución histórica y política, no solamente del concepto de Estado y su relación con la administración y el derecho administrativo, sino de igual manera, como la evolución bajo el concepto de ciudadanía administrativa, ha permitido dentro de la relación jurídica que se analizó, aceptar la noción de “*derechos subjetivos*” de los ciudadanos, aspecto éste que cobra suma importancia y constituye una base esencial para analizar con posterioridad, sí dentro del denominado “*procedimiento administrativo pre-contractual*”, se respeta o no, el concepto de derecho subjetivo y una tutela judicial completa y no solamente parcial.

Capítulo Segundo

La actividad contractual pública

Principales Debates

Este capítulo tiene como finalidad analizar de manera general como se desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico interno, la actividad contractual pública, a efectos de demostrar la coexistencia de las diferentes causas que conllevan a la crisis del denominado contrato público.

Si bien, no se desconoce, que el punto central o medular de nuestra investigación doctoral, radica en una de esas causas (*control de legalidad del acto administrativo de adjudicación*); tampoco puede desconocerse la incidencia transversal del mismo dentro de las diferentes etapas de la actividad contractual.

Por consiguiente, bajo la denominada corriente HOLISTICA¹⁶² se hace necesario, rescatar las grandes controversias relacionadas con los aspectos sustanciales de la propia actividad contractual.

En este orden de ideas, a continuación se presentará: **(i)** un primer bloque relacionado con la denominada etapa o fase pre-contractual de la contratación pública; **(ii)** un segundo bloque, los principales debates relacionados, con aspectos interpretativos de orden sustancial, que han sido objeto de controversia respecto al desarrollo de la

¹⁶² Entendida como una posición metodológica y epistemológica, que enseña que los sistemas y sus propiedades, deben ser analizados en su conjunto, y no solo a través de las partes que lo componen.

actividad contractual y que se reitera, constituyen o contribuyen en términos generales, a la crisis del contrato público.

I. Etapa o fase precontractual

La necesidad de garantizar la transparencia en la contratación pública ha llevado a la estandarización de procedimientos de selección de contratistas en los cuales se debe partir de unas condiciones sustanciales y procedimentales previamente definidas como las bases de la contratación, que se enmarcan en una secuencia de actuaciones que deben ser de carácter público, salvo expresas excepciones y en las que la regla general y prácticamente única es la de garantizar, mediante la difusión de la información sobre la futura contratación, la máxima concurrencia de oferentes¹⁶³, pues se tiene el firme convencimiento de que con ello se incrementará la probabilidad de encontrar la oferta más favorable que exista en el mercado para la satisfacción del interés general.

La regla general en materia de contratación pública a nivel mundial, se fundamenta en el mismo procedimiento, que implica: (i) la solicitud de propuestas en un marco de competencia, con el fin de proveer a la administración de bienes, obras y servicios mediante contratos con precios bajos y alto nivel de calidad; (ii) luchar contra la corrupción; (iii) ofrecer igualdad de oportunidades a todos los interesados para que gocen de los beneficios de mantener una relación contractual con el Estado; (iv) la utilización de los procedimientos de selección de contratistas más formales y de convocatoria pública, atienden a criterios de cuantía y no de naturaleza del contrato, de modo que los objetos contractuales que superan un umbral presupuestal específico, son adjudicados mediante mecanismos más complejos en su estructuración y aplicación, bajo el criterio de reducir hasta el máximo posible o hasta la eliminación en algunos casos, la corrupción y los favoritismos¹⁶⁴.

¹⁶³ Cfr. Bercaitz, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones De Palma. 2º Edición, 1980; Cassagne, Juan Carlos. Los principios generales en el Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Editorial AbeledoPerrot. 1988; Bercovitz Rodriguez – Cano Rodrigo. Tratado de Contratos. Tomo I. Editorial Tirant. 2009; Escola Hector Jorge. Trataado Integral de los Contratos Administrativos. Parte I. Editorial Depalma.; Barra Rodolfo, Cassagne Juan Carlos, Dromi Jose Roberto, Gordillo Agustin, Ottonello Nestor y Sanchez Gambino. Contratos Administrativos. Tomo I. Editorial Astrea. 1982.

¹⁶⁴ Safar Díaz, Mónica Sofía. Análisis Económico de los Procedimientos de Selección de Contratistas del Estado: en el Derecho Colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. Pp.18-19

Como es de conocimiento, en nuestro ordenamiento jurídico interno coexisten como procedimientos de selección¹⁶⁵: (i) la licitación pública¹⁶⁶; (ii) la selección abreviada; (iii) el concurso de méritos y (iv) la contratación directa. La regla general a nivel interno en materia de contratación pública, es la de realizar una convocatoria pública, siendo la excepción la contratación directa o negociada. Se considera que con estos procedimientos y la consagración de un deber de selección objetiva¹⁶⁷ estrictamente reglada, se garantiza la transparencia en la contratación pública y se reducen las posibilidades de corrupción; sin embargo, desde el punto de vista económico como se dejó advertido, se demuestra que tales procedimientos no atienden uno de los aspectos más importantes, que deben regir al igual que la transparencia en materia de este tipo de contratación: la eficiencia económica; es decir, la relación costo – beneficio¹⁶⁸, para la entidad estatal; relación que no debe analizarse únicamente a partir de la evaluación objetiva de las propuestas, sino que debe ser provocada por los entes contratantes, mediante los procedimientos de selección, aprovechando la ventaja que conlleva para los agentes económicos contratar con el Estado.

En conclusión, si bien, los procedimientos de carácter concursal (en especial, los de convocatoria pública), son los más utilizados por cuanto se parte de aceptar que permiten escoger la oferta más baja, evitar la corrupción, que ofrecen criterios para comparar propuestas, que permiten igualdad de oportunidades para ofertar; no puede desconocerse que la realidad demuestra, que la protección de la transparencia mediante estos mecanismos (libertad de concurrencia – diferenciación superficial de los diferentes procedimientos de selección, en atención a umbrales de presupuesto y naturaleza del objeto contractual), no reducen, ni eliminan dichas prácticas. Esa es la razón para buscar mecanismos alternos al concurso, que permitan realmente prevenir la corrupción y garantizar

¹⁶⁵ El artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, que reformó y modificó la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal, consagra que los procedimientos para la escogencia de los contratistas sujetos a esta normatividad se efectuará mediante las modalidades de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, mecanismos diferenciados por criterios de cuantía y naturaleza genérica de los objetos por ser contratados.

¹⁶⁶ Cfr. Durao Pedro. *Licitación Pública. Parámetros y Supranacionalidad*. Editorial Juruá. 2016.

¹⁶⁷ Dispone el Artículo 29° de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 "... La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva...".

¹⁶⁸ De conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 29 de la Ley 80 de 1993, se entiende como "...Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación..."

la transparencia, aplicando criterios de eficiencia económica, estos es, cuando los beneficios de la contratación, superan los costos de su realización¹⁶⁹.

1. Connotaciones políticas de los procedimientos de contratación.

El procedimiento de contratación, en la medida que es parte del procedimiento administrativo general, y por lo tanto integra el Derecho Administrativo, como todos las demás temas que lo componen (acto administrativo, responsabilidad del Estado, derechos administrativos, prerrogativas de la Administración, dominio público etc.), no se sustrae a su propia problemática y a la aplicación de los principios jurídicos y del régimen político, que lo informan y determinan¹⁷⁰.

El *factor ideológico* del régimen político, (liberal, socialista, intervencionista, de economía dirigida, democrático, comunista, etc.) es el que en última instancia determina la estructura política y administrativa del Estado y la coexistencia, equilibrio u oposición entre individuo y Estado, Libertad y Autoridad, Derecho y Poder, Garantías y Prerrogativas, interés del administrado e interés de la Administración¹⁷¹.

En consecuencia, según sea la forma en que se conjuguen las relaciones entre la libertad (o autoridad de los ciudadanos) y la autoridad (o libertad de la Administración), tenemos: Sí prevalece la primera, un *procedimiento de contratación rígido o semirígido*, como ocurre en el Estado liberal, de allí que la licitación pública sea el principio general en materia de procedimientos de contratación. Por el contrario, si prevalece la autoridad propia de los *estados intervencionistas o de economía dirigida*, los *procedimientos de contratación serán más elásticos, flexibles o libres*, toda vez que al Estado le interesa la libre elección de sus co – contratantes y la ley ha de ser más indiferente respecto de la regulación rigurosa y limitativa de las competencias y atribuciones de los órganos de poder¹⁷².

¹⁶⁹ Cfr. Deik Acostamadedo Carolina. Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Incluye análisis del Decreto 1510 de 2017. Abeledo Perrot. 2014.

¹⁷⁰ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Editorial Astrea. 2002. Pp.84.

¹⁷¹ Joseph E. Stiglitz. *La economía del sector público*, (trad. María Esther Rabasco, Luis Toharia), Antoni Bosch Editor, 1988, ISBN 84-85855-47-7 Google books 2003

¹⁷² Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit. Pp.85.

1.1. La licitación pública y el régimen liberal.

El régimen político liberal supone una oposición entre el individuo y el Estado. Niega la existencia de organismos intermedios y desconfía de la autoridad pública, lo que provoca una necesaria posición abstencionista y neutral del Estado, constituido en un mero instrumento de seguridad y garantía de los derechos individuales.

Así, en el periodo clásico del Estado Liberal, el mecanismo de contratación se caracteriza por la preferencia de la licitación pública como procedimiento rígido y rigurosamente reglado, y, por supuesto, restrictivo de los poderes discrecionales de los agentes estatales. Por esa razón se prefiere un procedimiento basado en la competencia de la ley, que lo reglamenta en forma rigurosa, y la “voluntad legislativa” sustituye por anticipado a la voluntad administrativa¹⁷³.

Por la misma razón y siempre considerando un régimen liberal teórico y abstracto, el dominio de la licitación es absoluto, genérico y sin límites, como técnica de contratación. La Administración no puede elegir libremente su co- contratante, ni tampoco el procedimiento de contratación; sino que es la Ley, la que determina las categorías de contratos, en los cuales será obligatoriamente empleado tal o cual modo de contratación¹⁷⁴.

1.2. La libre elección del CO – Contratante y el Estado intervencionista.

La superación del Estado liberal clásico se opera con el advenimiento del intervencionismo estatal, ya sea de modo directo (sustitutivo) o indirecto (orientativo), en el orden social, económico e industrial. El aumento constante en número y extensión de las necesidades públicas, es la causa por la que el poder público y la Administración se ven obligados a ampliar en progresión creciente sus funciones teleológicas, en su triple manifestación de fomento, intervención y servicio público¹⁷⁵.

¹⁷³ De Ruggiero, Guido. Historia del Liberalismo europeo. Madrid. 1944. Pp. 363. Ayala, Francisco. El problema del liberalismo. México, 1942, Pp. 90. Citado por Dromi, José Roberto. Op, cit. Pp.86

¹⁷⁴ *Ibíd*em, Pp.86.

¹⁷⁵ *Ibíd*em, Pp.52-53.

Las ideas matrices que inspiran ahora al sistema de contratación¹⁷⁶ son:

- a) La importancia creciente de la idea de “interés público o administrativo”. El sistema de la licitación pública o adjudicación abierta acentúa sus inconvenientes en la ejecución de ciertos trabajos públicos de carácter estrictamente especializado; además, los nuevos servicios del Estado en la esfera comercial e industrial, como modalidad de intervención, requieren la elección de la mejor oferta desde el punto de vista técnico, a pesar del precio, lo que no siempre se logra con la clásica licitación.
- b) La responsabilidad de los agentes administrativos y la confianza depositada en ellos, hace que desaparezca la necesidad de que la ley regule rígidamente su proceder. Por encima de la desconfianza liberal de la autoridad pública, cuya competencia decisional quiere restringir al máximo, se cree ahora en la discrecionalidad administrativa.
- c) La idea que al adjudicatario o co – contratante, colabora con el servicio público y como tal es elegido *intuitu personae*, en razón de su capacidad técnica, no admite que sea designado indiferentemente por un procedimiento abierto.

Estas pautas ideológicas motivan nuevas soluciones en materia de contratación. Al lado de la licitación pública, aparecen otras formas de adjudicación que permiten tener en cuenta de modo integral la personalidad del co- contratante y su capacidad técnica, ética, económica y financiera.

Estas nuevas formas son: a) la licitación privada (procedimiento semi-rígido mediante el cual, la Administración determina discrecionalmente quienes son los concurrentes que le parecen tener la capacidad suficiente para ejecutar los contratos públicos) y b) la contratación directa (que reduce aún más los dominios

¹⁷⁶Ibidem, Pp.86.

de la licitación clásica, al reglamentarse a nivel jurídico – positivo la posibilidad de la elección directa del co –contratante)¹⁷⁷.

El Estado intervencionista abandona sistemáticamente la licitación pública por cuanto en el sistema de economía dirigida, se encuentra en crisis, sus dos grandes presupuestos o condiciones de existencia: 1) la libre concurrencia; 2) la libre fijación de los precios por la ley de la oferta y la demanda¹⁷⁸ .

1.3. La licitación pública en la realidad jurídico- política y sus perspectivas futuras.

Puede indicarse (si bien no de manera absoluta), que la licitación pública está emparentada íntimamente con el Estado liberal y que, por otra parte, la libre contratación es más compatible, con un régimen político intervencionista.

La separación abismal entre los regímenes políticos (liberal, corporativista, democrático, intervencionista, comunista, socialista etc.), no tiene cabida sino en el plano teórico, pues la realidad estatal no nos presenta un Estado liberal absoluto, o socialista al extremo, o comunista sin límites; por el contrario, los Estados son más o menos liberales, más o menos intervencionistas, más o menos socialistas; además, la interpretación del factor ideológico que inspira un régimen político no es constantemente la misma, pues varía en razón de sus intérpretes, de las circunstancias políticas internas e internacionales, etc.¹⁷⁹.

Por las razones expuestas, la licitación pública, (sin desconocer su inspiración liberal), subsiste y es compatible con un régimen de economía dirigida; la diferencia está, como ya vimos, en: a). que no es el único procedimiento de contratación, sino que se recurre igualmente a otros; b). que se han reglamentado estos procedimientos antes no admitidos ni siquiera como excepción; c). que la licitación pública es directamente inaplicable para ciertos contratos; d). que las cláusulas de preferencia, muy justificadas desde una perspectiva política nacional, limitan su tendencia internacionalista; e). que no puede admitirse una adjudicación automática de la oferta de menor precio; f). que en

¹⁷⁷ *Ibidem*, Pp.86.

¹⁷⁸ *Ibidem*, Pp.88.

¹⁷⁹ *Ibidem*, Pp.89.

una adjudicación deben imperar, de modo discrecional con límites jurídicos elásticos, las razones de conveniencia técnica, financiera y política. Debe recordarse que en la mayoría de los países se ha recurrido a los diferentes procedimientos de contratación, sin dar prioridad a ninguno y haciéndolos jugar en consideración al objeto concreto de la contratación¹⁸⁰.

La licitación pública, como ya dijimos, *es uno de los procedimientos de formación de contrato, una de las formas de contratación o procedimientos de selección de contratistas; juntamente con la licitación privada, el concurso, la contratación directa y el remate público, integra los "procedimientos administrativos especiales de contratación"*¹⁸¹.

La licitación pública, no es un acto, como erróneamente lo entiende parte de la doctrina, sino un conjunto de actos; un procedimiento integrado, en suma, por actos y hechos de la Administración y actos y hechos del oferente, todos concurrentes a formar la voluntad contractual.

La licitación no es tampoco el contrato, ni viceversa. El contrato surge de la licitación o, más bien dicho, su celebración puede tener lugar por licitación, pero no es la licitación misma. Por ende, la licitación no es un contrato, sino que por licitación pueden celebrarse contratos de toda clase: ventas, arrendamientos, suministros, obras públicas, concesiones, etc.

La licitación se relaciona con la formación de los contratos. Al igual que las tratativas privadas, no es sino un preliminar del contrato, destinado a fijar quien es el contratante. Es un periodo que precede procesalmente al contrato¹⁸².

La licitación pública es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual. Esa es su naturaleza jurídica¹⁸³.

¹⁸⁰ *Ibidem*, Pp.90.

¹⁸¹ *Ibidem*, Pp.122.

¹⁸² Sayagués Laso Enrique. La licitación Pública. Montevideo. 1940. Pp. 37.

¹⁸³ Gordillo Agustín. Derecho administrativo. Op, cit, Pp.. 345.

El objeto de la licitación es la elección del co – contratante. Se trata, por lo tanto, de algo que precede al contrato, una fase preliminar de manifestación de voluntad del licitante para seleccionar, por vía de este medio técnico idóneo, la mejor oferta. Por ello es un procedimiento administrativo especial, regido de suyo por el Derecho Administrativo¹⁸⁴.

De igual manera debe señalarse que en principio, todos los contratos de la administración pueden perfeccionarse por cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos (licitación pública, contratación directa, etc), sin embargo, el ordenamiento jurídico puede exigir válidamente determinados procedimientos pre-contractuales para determinados contratos; y así, por ejemplo, en la *obra pública* se utiliza el procedimiento licitatorio, en el *empleo público*, el concurso y en la *venta de bienes*, el remate público¹⁸⁵.

En este orden de ideas, la licitación pública, como procedimiento de contratación es obligatoria en algunos casos y facultativa en otros. En algunas oportunidades es inexcusable por imperativo legal, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades que su inobservancia traiga aparejada para los funcionarios intervinientes.

Pero hay supuestos en los que, no obstante no hallarse establecida su obligatoriedad por norma alguna, también se recurre a ella por razones de conveniencia y moralidad administrativa. En ese sentido, señala Marienhoff: *“pero aun cuando el derecho vigente no la exigiere como requisito esencial, nada obsta a que, en el caso concreto, la Administración Pública recurra a la licitación como procedimiento de selección de su co – contratante. Trataríase de un requisito superfluo, que lejos de viciar al acto, lo rodea de juridicidad, dada las garantías de seriedad que es lógico deducir de la licitación llevada a cabo correctamente”*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.123.

¹⁸⁵ *Ibíd*em, Pp.130

¹⁸⁶ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III*. Editorial Abeledo Perrot. 1970. Pp.176-182.

1.4. Principios jurídicos de los procedimientos de selección.

La finalidad del procedimiento licitatorio es la determinación del proponente que formula la oferta más ventajosa para el Estado. De ahí que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, hayan establecido algunos “*requisitos*”, “*principios*” que se refieren a la esencia y existencia de la licitación y a los cuales debe recurrirse para resolver los problemas concretos de interpretación que la práctica administrativa promueve¹⁸⁷.

Los principios jurídicos esenciales, que hacen a la *ratio iuris* de la licitación y de los demás procedimientos de selección del co – contratante, son:

- a) La libre concurrencia
- b) La igualdad entre los oferentes.

a) Libre concurrencia.- La legislación impone a la Administración el *deber de adjudicar imparcialmente* la mejor oferta. En función de esa concurrencia o posibilidad de oposición, la Administración no puede elegir individualmente a sus oferentes. Por último, como contrapartida de esa libre concurrencia, se faculta a la Administración para exigir ciertas garantías a los licitadores¹⁸⁸.

El principio de libre concurrencia, encuentra apoyo fundamental en los principios de igualdad y publicidad; en virtud de este principio, cualquier persona tiene libertad de participar en igualdad de condiciones, en la convocatoria que formule la administración pública para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras.

La doctrina igualmente ha considerado que la finalidad del principio de concurrencia es doble en cuanto: por una parte asegura a los asociados la igualdad de oportunidades promoviendo la participación del mayor número de oferentes y de otra, facilita la

¹⁸⁷ Díez Manuel María. El acto administrativo. TEA. 1956. Pp. 43 y Sayagués Laso Enrique. La licitación Pública. Montevideo. 1940. Pp. 52.

¹⁸⁸ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.134

selección de quien presente la propuesta más favorable en beneficio del interés público¹⁸⁹.

Desde la visión jurisprudencial¹⁹⁰ igualmente se ha clarificado, que si bien este principio tiene como fin la participación del mayor número de oferentes, para que la administración cuente con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mayor condiciones ofrezca, el indicado principio no se desnaturaliza si luego de haberse cumplido estrictamente con el procedimiento de selección no se llega a contar con una pluralidad de propuestas, pues bien, puede contratarse con el único proponente que se presente al respectivo proceso, siempre que su oferta se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos exigidos en el pliego de condiciones¹⁹¹.

Contrapartida del principio de la libre concurrencia, se exige a los oferentes *garantías de capacidad y solvencia*. La primera se instrumenta por medio de la inscripción en los registros especiales de proponentes (en nuestro derecho el registro único de proponentes), lo que se acredita con un “*certificado*” de inscripción demostrativo de la capacidad técnica, económica y financiera del proponente.

Las garantías de solvencia se instrumentan en las cauciones de la “*oferta*”; garantía de seriedad de la oferta entre nosotros, y de “*contrato o adjudicación*”, entre nosotros la denominada garantía de cumplimiento¹⁹².

b) Igualdad entre los oferentes.- Otro de los supuestos fundamentales del procedimiento de contratación, es que los sujetos concurrentes a una licitación tengan

¹⁸⁹ Ver en este sentido, Escobar Gil, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. 2000. Pp 154 y Eduardo García de Enterría y Tomás - Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, t, I, 12 Ed. Madrid. Madrid, Civitas, 2004, Pp.716.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 2004, Exp. 15235. “Resulta claro pues, que el legislador de 1993 quiso eliminar el requisito de “*la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección*”, al permitir la presentación de un solo proponente y que se contrate con él cuando se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones, pues el propósito de la ley es hacer excepcional la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. De allí la exigencia de que los pliegos de condiciones definan en forma precisa y clara las reglas del juego que no impidan la selección del contratista y se eviten estipulaciones que puedan entorpecer la escogencia del mismo (...)”

¹⁹¹ De igual manera, el Consejo de Estado en providencia del 19 de julio de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, suspendió el pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010, por cuanto al escogerse el mecanismo de subasta es de su esencia la pluralidad de oferentes.

¹⁹² Ver el artículo 23 numeral 19 de la Ley 80 de 1993.

igualdad de posibilidades en la adjudicación de la obra, suministro u objeto del contrato de que se trate¹⁹³.

El trato igualitario se traduce en una serie de *derechos en favor de los oferentes*: 1) consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del co – contratante; 4) inalterabilidad por regla general de los pliegos de condiciones¹⁹⁴; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener la oferta; 9) que se le invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior ¹⁹⁵.

Consecuentemente, la adjudicación o la formalización del contrato respectivo debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificarse ni la oferta aceptada, ni del pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación¹⁹⁶.

A este procedimiento licitatorio se le han planteado varias dificultades como las siguientes: **1)** No siempre se consigue el precio más bajo sino que puede producirse un alza de las cotizaciones al conocerse las urgentes necesidades de la Administración; **2)** La eventual lentitud en los trámites resulta perjudicial para el interés público, toda vez que la Administración se pierde “ofertas de ocasión” sumamente ventajosas, que no se pueden aceptar en razón de que no es posible satisfacer la prontitud que el proponente suele requerir, debido a la burocracia del procedimiento; **3)** Aun cuando el procedimiento

¹⁹³ Ver Entrena Cuesta, Rafael. El principio de Igualdad ante la Ley y su aplicación en el derecho administrativo, RAP, No. 37, PS 63 y ss.

¹⁹⁴ En nuestro ordenamiento Jurídico es posible la modificación del pliego de condiciones, indicando el Artículo 25 del Decreto 1510 de 2013: “La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas. La Entidad Estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. La Entidad Estatal debe publicar las adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación”.

¹⁹⁵ *Ibidem*. Pp.136-137.

¹⁹⁶ Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III – A Abeledo Perrot. 1970. Pp.204.

de las licitaciones este bien reglamentado, pueden efectuarse adjudicaciones indebidas, pues la inmoralidad puede doblegar las formulas técnicas de rectitud impuestas por el ordenamiento jurídico al proceder administrativo; así, por ejemplo; una licitación aparentemente correcta puede encubrir y simular una flagrante desviación de poder, pues los pliegos de condiciones pueden haber sido redactados de manera tal que solo la persona a quien se quiere favorecer quede en condiciones de presentar propuestas admisibles¹⁹⁷.

De cualquier manera, el saldo favorable del instituto lo prueba la circunstancia de su aceptación en todas las legislaciones y en todos los tiempos, si bien se requiere una formación flexible, adaptable a las distintas actividades del Estado y que disminuya en lo posible los inconvenientes señalados¹⁹⁸.

La influencia del derecho comunitario de la Unión Europea es de gran importancia en materia de contratación administrativa, en el sentido que la Unión Europea pretende la homogenización de algunos aspectos de la contratación pública en miras de la obtención del denominado igualmente mercado interior único.

Es importante señalar que la Unión Europea ha puesto mayor énfasis en las fases de preparación y adjudicación de los contratos habida cuenta de que es en esos momentos procedimentales en los que cabe respetar o vulnerar los principios comunitarios que se quieren proteger para evitar la tendencia a *“discriminar positivamente a los empresarios nacionales a la hora de adjudicar los contratos públicos”*.

Por consiguiente en términos generales puede sostenerse que al derecho comunitario, le resultan un tanto ajenos los problemas referidos a las prerrogativas que pueda tener la administración contratante, la dualidad de regímenes civil/administrativo de los contratos, los efectos que produce, etc., todo igualmente bajo el entendimiento que esa despreocupación del derecho comunitario, concuerda con el derecho finalista de las

¹⁹⁷ Sayagues Laso Enrique. Licitación Pública. Montevideo. “La violación de los principios jurídicos que regulan las licitaciones públicas, en “Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración” No. 1.

¹⁹⁸ *Ibidem*, Pp.141

directivas comunitarias al que preocupan más los objetivos comunitarios, a cumplir y menos los instrumentos jurídicos a través de que se logre.

Lo anterior concuerda con los ordenamientos jurídicos internos de la Unión Europea, donde se encuentran sistemas en que el contrato administrativo tiene autonomía o entidad propia (España-Francia) y otros sistemas en los cuales la administración contrata bajo el sistema privado (Reino Unido – Alemania) ¹⁹⁹.

En conclusión al derecho comunitario no le ha interesado tanto unificar los instrumentos jurídicos, cuanto establecer una serie de normas que garanticen el cumplimiento último de los principios que deben ser uniformes en todos los contratos públicos de los Estados integrantes de la Unión Europea²⁰⁰.

Los procedimientos y formas de adjudicación, son los cauces a través de los cuales la administración adjudica sus contratos. La administración sometida a reglas distintas a las que rigen el tráfico entre particulares no puede adjudicar sus contratos de cualquier forma, sino que hay que hacerlo siguiendo un procedimiento legal y detalladamente reglamentario.

Las normas sobre adjudicación de los contratos tienen un sentido especialmente garantista, por cuanto pretenden facilitar los principios de publicidad y concurrencia de modo que se asegure la igualdad de oportunidades en el acceso de la contratación pública; a diferencia de otras disposiciones como las que regulan las facultades de dirección y de interpretación de los contratos, las relativas a formas de adjudicación no aportan prerrogativas o privilegios en la administración, sino que por el contrario suponen importantes restricciones.

Podemos ver que en nuestros días los procedimientos y formas de contratación siguen respondiendo a las clásicas ideas del siglo XIX relacionadas con limitar la libertad de la administración para adjudicar sus contratos, es decir; a evitar corruptelas.

¹⁹⁹ Ojeda Marín, A.: "La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública". *Revista de Administración Pública*, núm. 116. Mayo-agosto de 1988. Pág. 414.

²⁰⁰ Carbonero Gallardo, José Miguel. *La Adjudicación de los Contratos Administrativos: Origen, Evolución y Sistema Actual*. Universidad de Granada. 2010. Pp. 199, 201, 204.

Se puede considerar, que el formalismo de la contratación administrativa, responde en parte al recelo de la sociedad y el legislador hacia la administración²⁰¹.

En esta fase de selección del contratista, lo que se le otorga a la administración no son privilegios ni prerrogativas, sino formalidades y limitaciones; en esta fase las garantías se ofrecen a los empresarios (igualdad de oportunidades, promoción de la concurrencia competitiva, transparencia en las actuaciones administrativas, posibilidad de impugnación de los actos administrativos, etc.); por el contrario, una vez adjudicado el contrato, aunque el empresario, ya contratista, no queda desamparado, la ley otorga una serie de prerrogativas importantísimas a la administración, para asegurar el correcto cumplimiento de la prestación y la satisfacción del interés público subyacente en cada contrato administrativo²⁰².

2. El Procedimiento Administrativo Precontractual – Elección del CO-Contratante

El contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa. En otros términos, la actividad administrativa estatal se puede exteriorizar también en forma de “*contrato*”. En consecuencia, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los *contratos* de la Administración se aplica el régimen jurídico de la *función administrativa*²⁰³.

El procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (pre- contractual) no se confunde con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquella con la voluntad del co – contratante (persona física o jurídica, privada o pública, estatal o no estatal). El vínculo contractual nace sólo cuando se enlazan la voluntad del Estado y la del co – contratante, por el procedimiento legal previsto al efecto.

Se distingue por lo tanto, un *procedimiento pre – contractual*, previo al contrato, de formación o preparación del contrato y un *procedimiento contractual* o de ejecución²⁰⁴.

²⁰¹ *Ibidem*, Pp. 314, 315 y 316.

²⁰² *Ibidem*, Pp. 318 a 321.

²⁰³ Dromi, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Op, cit, Pp.176-181.

²⁰⁴ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit., Pp.70.

En la actividad previa a la contratación administrativa, se debe diferenciar entre *la actividad que desenvuelve la Administración por un lado y la ejercida por el particular o ente público en su caso, por el otro*.

Si ejemplificamos, en la actividad precontractual, preparatoria, provisional o preliminar del contrato administrativo, encontramos actos y *hechos jurídicos privados* o de particulares, como la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones, respecto a las decisiones administrativas proferidas por la entidad contratante, etc²⁰⁵.

Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos *actos administrativos*, como la apertura de licitación, la admisión, la exclusión de oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación; y si el procedimiento de contratación fuere el concurso, los ejemplos podrán ser: el llamado a concurso, la admisión, la aprobación, el nombramiento, etc.

Es claro que la selección del co – contratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso, etc.), no se agota en un acto administrativo único, sino que *“El sistema estatal de selección del contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales o accesorios, y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación”*²⁰⁶.

El carácter vinculante de las relaciones previas que se entablan, resultan de: 1) las prestaciones públicas que están en juego; 2) la dogmática jurídica concreta, en nuestro caso el denominado Estatuto General de Contratación; 3) la innegable separabilidad de los actos y hechos que se dictan y ejecutan en el procedimiento previo del contrato; 4) la posibilidad procesal de impugnar hasta jurisdiccionalmente dichos actos separables; 5) la

²⁰⁵ *Ibíd*em, Pp.72

²⁰⁶ *Ibíd*em, Pp.73.

obligación del oferente de mantener su oferta; 6) la circunstancia que, una vez presentada la oferta, no se requiere del oferente un nuevo consentimiento para perfeccionar el contrato principal; 7) el principio de la estabilidad del acto administrativo, sin desconocer que en la actualidad se permite legalmente “*revocar*” el acto de adjudicación; 8) el unánime criterio doctrinario y jurisprudencial en reconocer a los oferentes el “*derecho subjetivo*” a participar en el procedimiento, que conlleva igualmente en la legitimación para cuestionar en sede jurisdiccional la decisión administrativa de adjudicación²⁰⁷.

El procedimiento de contratación administrativa se manifiesta de manera general a través de las siguientes etapas técnico- jurídicas: Etapa preparatoria de la autorización para contratar (en el sentido de requerir previamente aprobación del proyecto y presupuesto respectivo, por los organismos legalmente autorizados); - Determinación del presupuesto estimativo de costos y objeto que deberá contratarse; - Elección del co – contratante por un procedimiento específico: (licitación pública, contratación directa, concurso, remate público, en otros términos, en esta tercera etapa se aplica alguno de los sistemas de selección del contratista estatal), - Adjudicación²⁰⁸.

Estas fases del procedimiento administrativo de contratación jurídicamente separables entre sí, permiten arribar a la formalización y posterior ejecución del contrato. De allí que se distinga una etapa pre – contractual (o de preparación de la voluntad administrativa de contratación) y otra contractual propiamente dicha (o de ejecución del contrato)²⁰⁹.

2.1. La etapa precontractual y el ordenamiento jurídico colombiano.

Realizada una mirada a la evolución normativa en esta materia, puede concluirse que nuestra política legislativa se concreta en aceptar como regla general, el procedimiento administrativo de licitación pública, el cual, igualmente acepta varios procedimientos de excepción (contratación directa – selección abreviada – concurso de méritos, etc)²¹⁰; lo

²⁰⁷ *Ibidem*, Pp.77-78.

²⁰⁸ Ver Sayagues Laso Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. Op, cit, Pp.548.

²⁰⁹ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.80

²¹⁰ Decreto Ley 150 de enero 27 de 1976-Decreto Ley 222 de 1983 – Ley 80 de 1993 – Ley 1150 julio 16 de 2007 – Ley 1450 de junio 16 de 2011 (artículo 274) – Ley 1474 de julio 12 de 2011 (artículo 94).

anterior sin desconocer igualmente, que bajo este marco normativo vigente se han establecido 14 procedimientos de selección del contratista²¹¹.

Esta regulación normativa, demuestra el alto nivel de complejidad de la etapa pre-contractual, por cuanto la diversidad de procedimientos genera mayor probabilidad de irregularidades y de investigaciones de todo orden (disciplinario, fiscal, penal, contencioso administrativo), que en últimas atentan contra la transparencia en esta etapa pre-contractual; facilitando igualmente conductas de corrupción.

Se han distinguido generalmente tres fases en el procedimiento de la licitación pública: a) preparatoria, b) esencial, y c) integrativa.

2.1.1. Fases principales del procedimiento licitatorio

2.2.1.1. Fase preparatoria

En la fase preparatoria se cumplen de modo preliminar los supuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual ulterior; es puramente *interna* de la Administración, sin intervención, ni participación de los ciudadanos, oferentes o terceros interesados; comprende, por lo tanto, estudios de *factibilidad* jurídica, contable, financiera, física, económica y política de la obra o servicio objeto de la contratación posterior, la *imputación previa* de conformidad al crédito presupuestarlo y la preparación del *pliego de condiciones*²¹².

A nivel de nuestra legislación interna, se puede rescatar entre los actos más importantes de ésta fase preparatoria, los siguientes:

²¹¹ Con fundamento en el marco normativo vigente (art. 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado a su vez por los artículos 88 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y 125 de la Ley 153 de 2015 se reformó y modificó la ley 80 de 1993 norma originara del Estatuto de Contratación Estatal se tiene: a) Licitación Pública –regla general- (art. 2) ; b) Licitación Pública presentada de manera dinámica mediante subasta inversa, (art. 2); c) selección abreviada mediante subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes; (literal a numeral 2) art .2-); d) selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes en bolsa de productos; (literal a) numeral 2) art .2-); e) Acuerdo marco de precios y bienes y servicios de características técnicas uniformes (parágrafo 5 numeral 5 art .2); f) contratación de mínima cuantía (numeral 5 art .2-); g) concurso de méritos (numeral 3 art .2); j) contratación directa (numeral 4 art .2).

²¹² Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.191-192

a. Elaboración de Estudios

Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato, los cuales se elaboran con anterioridad a la apertura del procedimiento de selección del contratista, cuando no se requiera ese procedimiento, de todas formas la entidad debe elaborar los estudios y evaluaciones necesarias que permitan determinar adecuadamente las obras, los servicios o los bienes que se pretenden obtener²¹³.

Los estudios previos, comportan la materialización del principio de planeación, de ahí la exigencia normativa y jurisprudencial destinada a sostener, que éstos deben ser el producto de estudios y análisis suficientemente serios y completos, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: *“(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse,*

²¹³ Esta exigencia viene siendo reiterada desde el decreto 150 de 1976, decreto 222 de 1983 y se consagro igualmente en el numeral 12 del artículo 25 Ley 80 de 1993 y en el artículo 25 del Decreto 1510 de 2013.

*reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.*²¹⁴

La importancia de los estudios técnicos se materializa en los siguientes aspectos:

- Evita la declaratoria desierta del procedimiento administrativo de selección²¹⁵.
- Permite identificar técnicamente el objeto del contrato, con el fin de asegurar que las propuestas que se formulen sean adecuadas y de igual manera se impida la modificación del proyecto durante el procedimiento administrativo de selección²¹⁶.

b. Los pliegos de condiciones

La jurisprudencia ha sostenido, que el pliego de condiciones es un acto jurídico pre-negocial con carácter vinculante y obligatorio, durante el procedimiento administrativo de selección del contratista, así como en la relación jurídico negocial posterior. Lo anterior por cuanto, se ha aceptado, que los pliegos de condiciones se tengan también como ley del contrato, dado que, delimitan el contenido y alcance del negocio jurídico²¹⁷.

El pliego de condiciones, es el conjunto de cláusulas, formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (*objeto*); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y co-contratante (*relación jurídica*), y el mecanismo del contrato (procedimiento).

²¹⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera- Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013); Radicación: 68001231500019980112201.

²¹⁵ Artículo 24 de la ley 80 de 1993. del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...]5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: [...] b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:[...] 18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

²¹⁶ Artículo 24 de la ley 80 de 1993. del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...] 5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: [...]

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.”

²¹⁷ Ver en ese sentido, Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Tres (3) de febrero de dos mil (2000); Radicación Número: 10399

Por su parte, el H. Consejo de Estado ha definido los pliegos de condiciones “*como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo*”²¹⁸.

El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales y especiales destinadas a regir el contrato en su *formación y ejecución*²¹⁹.

El procedimiento y la relación jurídica emergente de la selección, están contenidos en los pliegos; su observancia por parte del licitante y de los oferentes, impuesta por la normativa jurídica, tiene por finalidad proteger los intereses de ambas partes, cumpliendo así una doble función.

- *Antes de nacer el contrato*, indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus proposiciones, las características de la prestación solicitada u objeto cuya contratación se demanda y el trámite procesal a realizar (sistemas de cotización, forma de pago del precio, plazo de mantenimiento de la oferta, monto y forma de la garantía, lugar, día y hora del acto de apertura de los sobres, procedimiento para las aclaraciones e impugnaciones, etc).
- *Cuando el contrato nace*, el pliego se convierte en matriz contractual rectora de los efectos jurídicos del vínculo.

Con fundamento en el pliego de condiciones, el licitante *controla* las obligaciones del co – contratante; *al perfeccionarse el contrato, se incorpora al mismo*, adquiriendo el carácter de relaciones contractuales obligatorias para ambas partes²²⁰.

Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones, como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo ateniende a la preparación,

²¹⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013); número interno: 25.642.

²¹⁹ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.194.

²²⁰ *Ibidem*, Pp.194- 195.

emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina, con todo acierto, lo ha denominado “*la ley del contrato*”, por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación²²¹.

Por otro lado, ante una contradicción entre los pliegos y el contrato estatal, prevalece los pliegos, por cuanto contienen derechos y obligaciones de los futuros extremos jurídico negociales, a quienes no le es dable modificar las estipulaciones consagradas en los pliegos²²².

De esta manera, se ha sostenido, que el pliego de condiciones tiene dos tipos de postulados: el **primero**, relacionado con el procedimiento administrativo de selección del contratista, en el cual la intangibilidad de los pliegos se soporta en el respeto de los principios de transparencia y selección objetiva; y el **segundo**, relacionado con el contrato estatal caso en el cual, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros extremos jurídico negociales²²³.

Lo anterior no significa, que los pliegos no se puedan modificar, habida cuenta, que es probable, que con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones

²²¹ *Ibidem*, Pp.196

²²² Al respecto, en nuestro ordenamiento, el H. Consejo de Estado ha señalado: “...que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

²²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de julio de 2013, ep. 25642, M.P. Enrique Gil Botero.

sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego²²⁴.

La jurisprudencia ha establecido que la adecuada formulación de los pliegos de condiciones guarda relación con el principio de planeación, en ese sentido, las correcciones o ambigüedades de éstos, deben ser interpretadas en contra de la entidad estatal, precisamente por haber sido quien los elaboró y falló en esa tarea²²⁵.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993²²⁶

Bajo esa línea, es claro que los pliegos de condiciones pueden ser objeto de interpretación y modificación en sede administrativa, en atención a las diferentes observaciones que presentan los proponentes, bien sea porque el pliego sea ambigüo o simplemente para continuar con el procedimiento de selección en aras de materializar el

²²⁴ Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. En igual sentido, de conformidad con el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 220 del Decreto Nacional 019 de 2012-, el jefe o representante de la entidad adjudicataria, está en la facultad de modificar los pliegos de condiciones conforme a las solicitudes, que realizan las personas que retiraron los respectivos pliegos. Indica el citado artículo 30. *“Artículo 30º.- De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: “4o. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones [...], se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación [...] hasta por seis (6) días hábiles. Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación [...] cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.” (Resaltado fuera de texto)*

²²⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; diez (10) de marzo de dos mil once (2011); Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666) *“[...]Para la Sala, esa ambigüedad manejada por la entidad en la elaboración de los pliegos de condiciones y del contrato suscrito [...], es un defecto que, sin lugar a dudas, no puede ser esgrimido ni utilizado en contra de sus derechos, como reiteradamente lo ha sostenido la Sección²²⁵, toda vez que la Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambigüos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea [...].”*

²²⁶ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmática del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Pp 26-27

principio de selección objetiva, aspecto que redundará posteriormente, en la consecución de los fines del Estado.

En relación con el contenido de los pliegos de condiciones, su aplicación se extiende a todas las etapas del contrato: precontractual (formación de voluntad) - contractual (ejecución de las obligaciones contractuales) y postcontractual (liquidación). Respecto a la etapa precontractual, debe resaltarse que los pliegos de condiciones establecen las reglas que permiten seleccionar al contratista que formule la propuesta más favorable²²⁷.

Frente a la interpretación de los pliegos de condiciones, se podría pensar, que la misma es restrictiva, dado el principio de planeación que rige el procedimiento administrativo de selección; sin embargo, como la ha sostenido la jurisprudencia, es imposible, que la administración pública prevea todas las circunstancias que se pueden presentar a lo largo del procedimiento de selección, eso sin contar, que como todo acto jurídico el pliego puede contener vacíos o antinomias; de ahí, que es pertinente tener en cuenta, los principios y normatividad que rige la contratación estatal como herramientas interpretativas²²⁸.

La transparencia en la selección del contratista solo se garantiza con la indicación *expresa y precisa* de los *criterios de evaluación y su ponderación* detallada en los pliegos de condiciones.

²²⁷ Sobre el particular consultar sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, de 28 de abril de 2005, exp. 12025, de 8 de junio de 2006, exp. 15005 y de 8 de junio de 2008, exp. 17783

²²⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013); número interno: 25.642. “[...]la administración pública puede interpretar el pliego de condiciones siempre que exista un vacío, una laguna, o una contradicción que pueda ser subsanada a partir de la “lectura o interpretación conforme” a los principios aplicables a la contratación estatal. [...]

“En esa perspectiva, el sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos –de naturaleza subsidiaria– son los relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad[...]”.

Los criterios de selección se refiere al conjunto de aspectos de las propuestas que serán objeto de evaluación, tales como: precio, calidad, experiencia, cumplimiento de contratos anteriores, organización, equipos, etc., que considerados integralmente permiten determinar la propuesta más favorable.

Es importante resaltar que la Ley no establece una enunciación taxativa y obligatoria de los criterios de selección que deben contener los pliegos de condiciones, por el contrario la administración de acuerdo con las necesidades del servicio, goza en este aspecto de discrecionalidad para fijar los factores que utilizará para garantizar la escogencia más favorable²²⁹.

El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública una relativa libertad de estimación para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos. Estas decisiones, para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, necesariamente deben ser motivadas, y se debe expresar las razones que sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión escogida²³⁰, lo que en Colombia se retoma adecuadamente en los denominados estudios previos que de manera imperativa deben

²²⁹ En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección que en ellos se consignan, nuestra jurisprudencia ha indicado: "Los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta" ... "La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable"... "En suma, es menester que los criterios de selección que se fijen en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a licitar; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia..." Ver sentencia: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011); número interno: 18293.

²³⁰ Tomás Ramón Fernández. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, Pp.82 a 89.

efectuarse con la debida anticipación²³¹ a la apertura de los procesos de selección de contratistas.²³²

Es claro que todos los elementos, cláusulas, disposiciones que correspondan de conformidad con el tipo de contrato seleccionado para atender las necesidades públicas, están sujetos a una amplia regla de discrecionalidad a cargo de la entidad responsable del proceso contractual; facultad que no se agota en la simple discrecionalidad técnica identificada por la doctrina en muchos procedimientos administrativos, concepción poco clara y confusa²³³, que creemos no opera de manera plena en el derecho nacional como se le presenta por algún sector doctrinal en el caso de la planeación y la gestión amplia y discrecional de las autoridades administrativas en materia de estructuración de los contratos del Estado.

En Colombia se va mucho más allá de la mera técnica, se incursiona por senderos jurídicos, económicos, sociales y políticos, se seleccionan opciones, se crean condiciones tendientes a hacer viables los negocios, etc., así como también se analizan y distribuyen riesgos, en fin, componiendo un amplio campo de edificación y construcción administrativa en torno a la definición de las bases del negocio con el que se espera atender las necesidades públicas, previa definición de la conveniencia y oportunidad del contrato, que si bien no es una característica de lo discrecional, sí constituye una actividad vinculada básicamente a la definición del momento para la adopción de la respectiva decisión contractual²³⁴.

Al respecto, los artículos 25 (núm. 12), 26 (núm. 3²³⁵), 30 (núm. 1) y 40 de la Ley 80 de 1993, 4.º de la Ley 1150 de 2007 y 3.º del Decreto 066 de 2008 asignan una amplia facultad discrecional a las entidades públicas para que conforme a los postulados de los

²³¹ Artículos 25 (núm. 6,7 y 12); 30 (num. 1 y 2) de la Ley 80 de 1993 y 3 del Decreto 066 de 2008

²³² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Op, cit, Pp 28-29

²³³ Cassagne Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999. Pp 225 y ss.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Ley 80 de 1993. "Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: [...] 3.º Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos."

Códigos de Comercio y Civil, específicamente al artículo 1501, y respetando el marco normativo de la misma ley de contratación pública, determinen lo que puede ser de la esencia, naturaleza o inclusive lo meramente accidental de cualquier contrato en que esté interesada la administración, asunto que necesariamente debe quedar definido con la debida anticipación dentro de los procesos de planeación del correspondiente negocio.²³⁶

Lo anterior significa que para el caso de los contratos estatales, fundamentalmente en lo relativo a la estructuración del negocio, y por lo tanto a la definición de su contenido, la administración competente goza de una amplia y clara facultad discrecional, sujeta a los parámetros de la ley de contratación pública y las normas de los códigos Civil y Comercial.

Lo anterior en la medida en que el marco de posibilidades de negocios del Estado frente a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 es prácticamente infinito; resulta imposible una definición de contenido homogénea para todos ellos, sobre todo teniendo en cuenta que cada contrato debe corresponder a una necesidad diversa; sería imposible establecer un mismo rasero para todos los contratos públicos, de aquí la necesidad de reconocerle a la administración esta facultad amplia y discrecional de hechura del contenido del negocio, eso sí, como lo establece el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y lo hemos reiterado a lo largo de este estudio, de todas maneras limitada la facultad, de ninguna manera absoluta, sino sujeta a los marcos conceptuales, de principios y reglas constitucionales, legales, al orden público, a los propósitos de la buena administración y fundamentalmente del interés público y general²³⁷.

b.1. Naturaleza jurídica del pliego de condiciones

Uno de los problemas más debatidos en la doctrina administrativa, es el relativo a la naturaleza jurídica del pliego de condiciones: Acto Reglamentario- Acto Administrativo

²³⁶ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Op, cit. Pp 30-31

²³⁷ Jose Manuel Sérvulo Correia. *Legalidade e autonomia contractual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 458 y ss, Citado por Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Op, cit, Pp 32.

General – Acto Administrativo Mixto (unilateral para el proceso, pero bilateral por integrarse al propio contrato; tiene vida después de la licitación)²³⁸.

Respecto a este tema de la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, debe resaltarse que la tendencia de asignarle la naturaleza jurídica de “*reglamento*”, es de recibo en aquellas legislaciones donde existe el denominado “*pliego de condiciones generales*”, mediante los cuales se impone a la administración contratante un contenido general, según los distintos objetos contractuales²³⁹; los cuales son complementados o desarrollados para cada caso en particular por parte de la administración; a nivel de nuestra legislación no existe por regla general esa naturaleza de pliegos de condiciones; sin desconocer: (i) el avance consagrado en el artículo 2, literal a) de la Ley 1150 de 2007, respecto a pliegos generales para la adquisición o suministros de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades públicas; (ii) al igual que la tendencia que en ese sentido se observa en el proyecto de reforma al actual estatuto general de contratación)²⁴⁰, lo cual significa que a nivel de nuestro ordenamiento interno, el pliego de condiciones, no tiene la naturaleza de normas generales (actos normativos), dictadas por la Administración, que tienen por destinatario a un grupo o categoría indeterminada de personas. Los destinatarios son todos aquellos que pueden participar en dichos procedimientos de contratación, y la circunstancia de que rijan para una sola licitación no altera su carácter reglamentario, por el contrario, adquiere la naturaleza de acto administrativo, preparado unilateralmente y de modo particular para un contrato determinado, con efectos individuales respecto de los oferentes que se presenten, sujeta su validez, a todas las exigencias previstas por las leyes de procedimiento administrativo: objeto, sujeto, competencia, voluntad, forma, etc.²⁴¹.

²³⁸ Sobre el particular consultar sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, de 28 de abril de 2005, exp. 12025, de 8 de junio de 2006, exp. 15005 y de 8 de junio de 2008, exp. 17783

²³⁹ González López, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Serie derecho administrativo 10. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición 2010. Pp. 30.

²⁴⁰ Señala el artículo 1 del Proyecto de Ley No. 84 de 2016: “...Adicionase y modifíquese el artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, el cual quedará así: ... “12. Desarrollar, implementar y expedir los estándares y documentos tipo de carácter obligatorio para las diferentes etapas de la gestión contractual pública, incluyendo los pliegos y minuta, en materia de contratación de obras, servicios de interventoría de obras, consultoría en ingeniería para obras y provisión de bienes en los términos que fije el Gobierno nacional. Tales documentos serán de uso obligatorio para las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 o la norma que la modifique o sustituya”.

²⁴¹ Dromi, José Roberto. *Op, cit*, Pp.204.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, dando lugar a diferentes pronunciamientos: a) Inicialmente sostuvo que ese acto es de naturaleza reglamentaria; con posterioridad sostuvo la tesis que se trata de un: “*acto administrativo general*”²⁴²; b) Asimismo consideró que las anteriores tesis eran inexactas, por cuanto el pliego de condiciones carece de vocación de permanencia en el tiempo; está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, agotándose una vez finalizado el respectivo proceso de contratación; y como es de conocimiento, lo que caracteriza al reglamento, es su carácter de acto general, con vocación de permanencia en el tiempo. Frente a la naturaleza de acto administrativo se modula la tesis por cuanto esa naturaleza la reviste hasta antes de la celebración del contrato; pero igualmente tiene vocación para convertirse en cláusula contractual, aceptándose entonces una naturaleza mixta: nace como acto administrativo general; pero a partir de la celebración del contrato, se convierte en cláusula contractual²⁴³.

Definir en uno u otro sentido la naturaleza del pliego, tiene suma importancia para determinar la competencia respecto al contenido del propio pliego de condiciones; aceptar una naturaleza reglamentaria, implica igualmente aceptar una competencia del ejecutivo en esta materia (potestad reglamentaria), por el contrario, otorgarle una naturaleza de acto administrativo, conlleva aceptar la competencia de la propia administración, para determinar en ejercicio de la facultad discrecional (con los propios límites de este ejercicio) en cada caso en concreto, el contenido del correspondiente pliego de condiciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, puede afirmarse desde la visión normativa²⁴⁴, que la competencia para proferir el pliego de condiciones, se ha venido asignando a la

²⁴² Resulta de utilidad la distinción efectuada por la doctrina española entre reglamento y acto administrativo, de acuerdo con la cual “los reglamentos innovan el ordenamiento introduciendo en él, una norma que perdure en el tiempo; mientras que los actos administrativos, aun cuando puedan ser generales, se agotan con su cumplimiento y no añaden nada a la norma vigente”. Ver, Ignacio de Otto, Sistema de Fuentes, 2da Ed., Barcelona, Ariel, 1999, pp. 216 y Eduardo García Enterría – Tomás Ramón Fernández Rodríguez. Curso de Derecho Administrativo, Volumen 1, 11 Ed. Madrid Civitas, 2002, Pp. 187-188.

²⁴³ Consejo de Estado, Sala Plena, providencia del 11 de diciembre de 2003, MP. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 15796.

²⁴⁴ El articulado original de la Ley 80 de 1993 (24-5 y 29), tomo partido por otorgar competencia discrecional a la administración , limitándose el legislador a consagrar que la administración debe definir reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan una escogencia objetiva (cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio) y se evite la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

administración y no al ejecutivo nacional mediante la potestad reglamentaria; competencia que la propia jurisdicción contenciosa administrativa viene avalando al declarar la nulidad de los decretos reglamentarios que han regulado aspectos de imposición a la administración en esta materia²⁴⁵.

Lo anterior sin pretender desconocer la problemática que encierra esa facultad discrecional de la administración en materia del contenido de los pliegos, a pesar de los propios límites que la Ley 1150 de 2007, ha consagrado, al establecer la distinción entre requisitos habilitantes y criterios de ponderación de ofertas (no se pierda de vista que esa limitación se realiza por vía legal y no reglamentaria)²⁴⁶.

Esa competencia de la administración y su ejercicio discrecional respecto al contenido del pliego de condiciones, responde a la propia estructura del estatuto general de contratación: autonomía de la voluntad y enunciación de principios; bajo la filosofía de libertad de la administración para contratar y una correlativa responsabilidad; sin embargo esta fórmula de “contrapesos”, al no ser efectiva, conlleva no solamente a una cultura de corrupción, sino igualmente a una hiperinflación de la potestad reglamentaria²⁴⁷.

2.2.1.2. Fase esencial

La denominada *fase esencial* comprende la licitación propiamente dicha, o sea los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de un tercero co – contratante. En esta fase, como en la siguiente, las relaciones que se generan son *bilaterales*, afectan o pueden afectar a terceros, y la misma comienza con el

²⁴⁵ Consejo de Estado. sección tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007; nulidad de disposiciones del decreto reglamentario 2170 de 2002; fundada en el contenido del artículo 29 original de la ley 80 de 1993.

²⁴⁶ Esa competencia a la administración es igualmente consagrada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuando señala que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los criterios de : capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera, y de organización(requisitos habilitantes) y la oferta más favorable será aquella que se fundamente en los criterios técnicos y económicos de escogencia y su respectiva ponderación.

²⁴⁷ Benavidez, José Luis, en el prólogo al libro de González López Edgar “El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Serie derecho administrativo 10. Universidad externado de Colombia, Primera Edición 2010”. Pp. 24.

llamado a licitación o anuncio del contrato, la apertura de la licitación y la admisión de oferentes, estudio de las propuestas, preadjudicación²⁴⁸ y adjudicación²⁴⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos señalar las siguientes:

a. Convocatoria: En ese orden de ideas, una vez culminado la fase de la preparación de la voluntad contractual (Conveniencia y oportunidad, realización de estudios, planos y diseños definitivos, elaboración de pliegos de condiciones y términos de referencia, obtención del certificado de disponibilidad presupuestal), la entidad pública expide un acto administrativo de “*apertura*”²⁵⁰.

Se trata de una invitación pública para que los interesados formulen ofertas en relación con el proyecto de contrato determinado; debe indicar en forma completa y precisa el objeto y las características básicas de los bienes, servicios, u obras requeridas por la administración pública.

Es un acto administrativo unilateral, mediante el cual la administración asume la obligación de observar un procedimiento y de seleccionar a la persona que haya formulado la oferta más favorable y ajustada a los pliegos de condiciones; a su turno los convocados adquieren el derecho subjetivo y el interés legítimo de formular ofertas, a que sean evaluadas si cumplen los requisitos y en fin a que concluya el procedimiento licitatorio mediante la adjudicación.

La jurisprudencia ha sostenido, que “*se trata de un acto de mero trámite y, por tanto, en principio no podría ser impugnado autónomamente pues, por regla general, sólo serían demandables ante esta jurisdicción los actos definitivos, esto es, los que ponen fin a un*

²⁴⁸ En nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que la Ley 80 de 1993 no establece una etapa que legalmente se denomine preadjudicación del contrato, como si ocurre en otras legislaciones – la etapa preparatoria a la adjudicación definitiva del contrato-, el sistema que diseñó el art. 30 tiene en estricto sentido el mismo alcance jurídico.

²⁴⁹ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.192.

²⁵⁰ Según lo indicado por nuestro H. Consejo de Estado, “el acto administrativo de apertura del proceso de selección, es aquel por medio del cual la administración declara o exterioriza, con fuerza vinculante, la voluntad de iniciar un procedimiento administrativo orientado a escoger a su contratista (artículo 30, numeral 1, Ley 80 de 1993)”. Ver Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; 26 de noviembre de 2014; Radicación número: 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297)

procedimiento administrativo, o los actos que crean situaciones jurídicas”. Sin embargo precisó, que “lo cierto es que en algunas ocasiones resulta susceptible de ser enjuiciado, como cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal”.

“Entonces, por regla general los actos de trámite no son demandables salvo cuando se configuran dos excepciones: en primer lugar, una general aplicable a todos los actos preparatorios y de trámite, según la cual, serán impugnables dichos actos cuando pongan fin al procedimiento del cual hacen parte; en segundo lugar, una excepción especial, prevista por la jurisprudencia concretamente para los actos de apertura en las licitaciones, los cuales serían susceptibles de ser enjuiciados cuando contengan decisiones sobre el fondo del asunto o puedan afectar los principios que deben regir la actividad contractual, como por ejemplo, cuando mediante dicho acto, en lugar de invitar a los interesados a que participen en el proceso de selección en condiciones de igualdad, se restringe de forma ilegal la participación, desconociéndose así los principios de transparencia e igualdad de oportunidades”²⁵¹.

b. La oferta

Consiste en la presentación de las propuestas por parte de las personas que atienden el llamado formulado por la administración.

La oferta es una declaración unilateral e irrevocable de voluntad, realizada por un particular que con sujeción a los pliegos de condiciones, plantea a la entidad el proyecto de negocio jurídico que ésta requiere celebrar.

Se trata de una verdadera *oferta*²⁵², por contener los elementos esenciales del contrato y requerir solamente de la aceptación del destinatario para su perfeccionamiento.

²⁵¹ Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 14 de febrero de dos mil doce (2012); Radicación número: 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38.924).

²⁵² Según el Código Civil “Oferta O Propuesta. Artículo 845. Oferta Elementos Esenciales. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

“Artículo 846. Irrevocabilidad De La Propuesta. La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que, “*existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que “atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”*²⁵³.

Los oferentes, además de reunir los presupuestos sustanciales de capacidad y ausencia de incompatibilidad e inhabilidad, deben cumplir dos exigencias legales: a) acreditar su inscripción registral, con los certificados respectivos, y b) construir una garantía precontractual.

La garantía *pre – contractual o caución provisoria*, también llamada *garantía de oferta* o “garantía de mantenimiento de propuesta”, es diversa de la *caución definitiva o garantía contractual o de adjudicación* que debe constituir el co - contratante. La primera deben integrarla todos los oferentes o proponentes; la segunda, en cambio, sólo el adjudicatario elegido²⁵⁴.

La presentación de la propuesta, es un acto jurídico particular, unilateral del oferente, que contiene una “*oferta de contrato*” a favor del licitante, ajustada a las normas reglamentarias del procedimiento²⁵⁵.

El régimen jurídico de dicho acto está regulado por las normas propias del procedimiento de contratación, que indican las formalidades y demás requisitos que deben contener y sustancialmente por el Derecho Privado donde se establecen los requisitos, elementos, vicios, nulidades, etc., de los actos jurídicos.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria, aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.”.

²⁵³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección “C”; C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015); radicación: 50001-23-15-000-2000-00196-01 (30.161).

²⁵⁴ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.287- 288.

²⁵⁵ En nuestro ordenamiento los arts. 1740 a 1756 del Código Civil.

Un tema de controversia radica en la posibilidad jurídica de la “oferta única” en el sentido de sostener que en la licitación una propuesta no invalida ni afecta en modo alguno la legitimidad del procedimiento, salvo que el ordenamiento jurídico, por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes.

La comparecencia de apenas un proponente, no invalida por sí la licitación; la regla de tratamiento igualitario es respetada con el llamamiento a eventuales interesados²⁵⁶. Por el contrario, habría una lesión al principio de igualdad, si un interesado idóneo, que cumplió los presupuestos de su oferta, fuese igualado a terceros desinteresados. El oferente único tiene derecho a que su oferta sea considerada, aunque no impide; que esa propuesta sea posteriormente desestimada por inconveniente²⁵⁷.

b.1. Evaluación de la oferta

La Ley y los pliegos de condiciones sustraen la evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas de la órbita del funcionario competente para adjudicar y le asignan esa labor a un organismo asesor especializado (comités asesores); de igual manera en los pliegos de condiciones debe establecerse el plazo dentro del cual el comité asesor debe elaborar los estudios jurídicos²⁵⁸, económicos y técnicos, necesarios para la evaluación de las propuestas. La evaluación comprende esencialmente las siguientes etapas:

- **Admisión de las propuestas.**

La primera labor del comité asesor es resolver sobre la admisión o el rechazo de los ofrecimientos; gran parte de esta labor es jurídica, por cuanto debe estudiarse la capacidad del proponente, representación, inhabilidades, incompatibilidades, inscripción en el registro; suficiencia de la garantía de seriedad; los técnicos examinarán si las propuestas se ajustan a todas las especificaciones exigidas en el pliego de condiciones²⁵⁹.

²⁵⁶ Dromi, José Roberto. *Op, cit.*, Pp.348.

²⁵⁷ *Ibidem*. Pp.349.

²⁵⁸ De este modo se garantiza que la entidad que va a contratar seleccione a los proponentes que cumplan los requisitos mínimos y objetivos necesarios para participar en la licitación, y que entre ellos evalúe las propuestas, de acuerdo con los criterios de selección prefijados, todo ello con el fin de escoger a aquel contratista que con su oferta ofrezca las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración.

²⁵⁹ Ver Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección “C”; C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015); radicación: 50001-23-15-000-2000-00196-01 (30.161), al indicar frente a la actividad que despliega el comité asesor de la entidad lo siguiente: “es una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no puede sujetarse a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones”.

Sin embargo la omisión de cualquier requisito no justifica el rechazo automático de la propuesta, debe tratarse de un ofrecimiento distinto al requerido por la administración o a la inobservancia de una formalidad esencial o sustancial para la comparación objetiva de las propuestas.

- **De los requisitos habilitantes**

En un primer momento, la jurisprudencia había sostenido, que en el procedimiento de selección objetiva –artículo 29 de la Ley 80 de 1993- se debe evitar los aspectos formales, que pueden llegar a impedir en ciertos casos la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines perseguidos por ésta, es decir, la entidad debe evitar el exceso del formalismo, en aras de escoger la propuesta que resulta más ventajosa para la consecución de los fines estatales.

En ese sentido, se planteó una distinción en los requisitos que conforman los pliegos de condiciones así:

- **Requisitos de participación de los oferentes:** Referidos a la idoneidad de los proponentes. La finalidad es permitir la participación de los oferentes, toda vez que, los habilita jurídica, financiera o técnicamente para concurrir al proceso.
- **Los criterios o factores de evaluación o calificación de las ofertas:** Permiten la selección de la propuesta, toda vez que, que guardan relación, con la calificación de la propuesta con el fin de establecer cuál es la mejor; por consiguiente, tienen una conexión directa con la necesidad de la entidad, excluyendo de entrada los aspectos formales²⁶⁰.

Posteriormente, el artículo 5 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007²⁶¹, en virtud del cual se modificó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, frente a los requisitos habilitantes consagró:

²⁶⁰ Ver al respecto Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006); Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041).

²⁶¹ Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- Solamente son requisitos habilitantes; la capacidad jurídica, capacidad técnica (experiencia); y capacidad financiera.
- Los requisitos habilitantes, no otorgan puntaje, pero el incumplimiento de uno de ellos, conlleva al rechazo de la propuesta; es decir, la entidad solamente califica las propuestas que hayan cumplido los requisitos habilitantes.
- Es improcedente el rechazo de la propuesta por una circunstancia diferente a los requisitos habilitantes, y por tanto, la ausencia de cualquier otro aspecto, es susceptible de subsanación hasta antes de la adjudicación.

La H Corte Constitucional, frente a la constitucionalidad de la norma en mención precisó: *“El objetivo de la norma acusada, según la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 1150 de 2007, es garantizar la transparencia y la eficiencia en los procesos de contratación que lleven a cabo las entidades estatales, evitando el direccionamiento de los mismos desde los pliegos de condiciones. Se propone así en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, un nuevo contenido para el deber de selección objetiva que tiene como finalidad principal la depuración de los factores de escogencia en los procesos de selección, de tal manera que se privilegien las condiciones técnicas y económicas de la oferta y la valoración de las ofertas se concentre en dichos aspectos.”*²⁶²

Hasta aquí es claro, que la finalidad del legislador era eliminar las falencias de la ley 80 de 1993, las cuales conllevaron a que las entidades estatales rechazaran proponentes por requisitos de orden meramente formal, circunstancia que a su vez impidió la escogencia de la mejor propuesta; con esta normativa, prima lo sustancial, y en esa

La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. [...]

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

²⁶² Ver al respecto: Corte Constitucional; Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa; siete (07) de octubre de dos mil nueve (2009). Sentencia C-713/09.

medida, se permite la subsanación de requisitos formales hasta antes de la adjudicación²⁶³.

2.2.1.3. Fase integrativa

Por último, la fase *integrativa* da lugar a la voluntad objetivada y su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma que el derecho positivo prevé: notificación de la adjudicación, instrumentación escrita, etc. Adjudicada la licitación y celebrado el contrato, el pliego de condiciones forma parte del mismo y tiene importancia incuestionable en su interpretación. En otros términos, el pliego es la principal fuente, a efecto de definir derechos y obligaciones de las partes intervinientes; al cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan en el desarrollo de la licitación y en la ejecución del contrato²⁶⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico coexisten dos reglas importantes: i) la primera referida a la solemnidad del negocio jurídico, entendida como la obligación del proponente de suscribir el contrato estatal con posterioridad a la adjudicación, so pena de perder la calidad de adjudicatario y hacerse efectiva la garantía de seriedad de la oferta²⁶⁵; y, ii) la segunda regla, es la consagración de un principio de integración normativo, en el entendido que los aspectos no regulados en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, se rigen por los principio de la función pública y el procedimiento general establecido en la Ley 1437 de 18 de enero de 2011; es decir, el marco normativo del procedimiento de selección está regido por normas de orden público.

²⁶³ Al respecto le H. consejo de Estado indicó: *“La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir. A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”* Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; catorce (14) de abril de dos mil diez (2010); Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B).

²⁶⁴ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.197.

²⁶⁵ Ha indicado la Corte Constitucional que la finalidad del legislador no fue otra, que asegurar la suscripción del contrato estatal, luego que la entidad contratante haya adelantado el proceso de selección, así como la reparación de los daños que se cause a la administración. Desde esta perspectiva, las garantías establecidas en el régimen de contratación estatal, se fundan en “el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público”. Sentencia C-154/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

Dentro de los actos más importantes de esta etapa a nivel de nuestro ordenamiento interno procede indicar los siguientes:

a) La Adjudicación.

Todo procedimiento administrativo prepara una decisión del Estado emitida a través de un órgano en ejercicio de la función administrativa, y *la adjudicación es, así, precisamente, el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo pre- contractual. En otros términos, es el acto determinante del otro sujeto de la relación contractual que completa el ciclo generador del acuerdo de voluntades.*²⁶⁶

Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación.

El acto de adjudicación forma parte integrante del procedimiento administrativo pre – contractual, es el último de sus actos, pero no el primero del contrato. Este nace con la formalización escrita, aprobación por el superior jerárquico o notificación de la adjudicación, según el contrato de que se trate.

La elección del co – contratante habilita la futura celebración del contrato. La *voluntad administrativa* contractual se ha determinado en el caso concreto, la que después, *unida a la voluntad del oferente seleccionado por el procedimiento que el derecho positivo establece* (notificación de la adjudicación, aprobación, etc.), *genera existencialmente el contrato de la Administración*²⁶⁷.

La adjudicación es un acto administrativo *separable* que unido a otros actos, simples actos y hechos de la Administración y actos y hechos jurídicos privados, conforma el

²⁶⁶ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.389.

²⁶⁷ *Ibidem* Pp.390.

procedimiento administrativo de contratación. En consecuencia está sujeta al régimen jurídico propio de los actos administrativos²⁶⁸.

El pronunciamiento del licitador (acto jurídico de oferta) aceptado por el licitante (acto administrativo de adjudicación) y comunicado a aquél (acto administrativo de notificación), constituyen conjuntamente un acto bilateral: el contrato²⁶⁹.

Sin embargo debe precisarse que adjudicación y contrato, en nuestro ordenamiento jurídico, son dos conceptos diferentes: aquel es un acto administrativo (acto separable del contrato) y éste un acuerdo de voluntades que surge como consecuencia directa del anterior.

En nuestro ordenamiento jurídico la adjudicación no perfecciona o configura la existencia del contrato, tiene como efecto jurídico, crear la obligación para la entidad licitante y el proponente escogido de formalizar el contrato²⁷⁰. En estricto sentido, debe indicarse que no es la formalidad escrita, lo que debe determinar el contrato administrativo, sino la adjudicación.

Como es de conocimiento después de la admisión, las ofertas son estudiadas por órganos técnicos, las llamadas “*Comisión de Preadjudicadores*”, “*Comisión Administrativa*” o “*Comisiones de Adjudicación*”, las cuales son, a veces, de carácter permanente y otras se constituyen para una selección determinada.

La competencia técnico- consultiva se pone de manifiesto mediante *dictámenes o recomendaciones*, por los que se ordenan las propuestas en escala o grado de ventaja; la más conveniente será clasificada en primer lugar y así sucesivamente las demás. La declaración técnica de oferta más ventajosa, por parte de los órganos consultivos, recibe el nombre de “*adjudicación provisional o preadjudicación*”²⁷¹.

²⁶⁸ Gordillo, Agustín. El acto administrativo. Op, cit, Pp. 119.

²⁶⁹ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.391.

²⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez. Señala la decisión: “Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”

²⁷¹ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.384.

Si bien existen criterios mediante los cuales los dictámenes de estas comisiones son vinculantes y por consiguiente, el licitante (administración contratante) deberá ajustarse en su decisión final (adjudicación) a lo recomendado por los órganos técnicos, en nuestro ordenamiento jurídico se sigue una tendencia diferente, en el sentido que el órgano de decisión *puede apartarse del dictamen o la recomendación de dichos comités*²⁷². En otros términos, tiene libertad para seguir o no la sugerencia u opinión del órgano que adjudicó de manera provisional, por cuanto sus dictámenes en los procedimientos de selección de contratistas, no son de los denominados, vinculantes. La preadjudicación no vincula al órgano competente de la adjudicación definitiva, ya que éste puede elegir entre elevar aquella a definitiva o aceptar otra oferta²⁷³.

La adjudicación provisional no vincula al órgano competente, ni es parte de un acto complejo, es una actividad previa, preparatoria de la decisión final. Es, en suma, un acto de trámite o *simple acto de la Administración*, que necesita de la *aprobación* para producir efectos jurídicos directos.

La aprobación o adjudicación definitiva confiere suficiencia jurídica sustancial a la preadjudicación, ya que está, en sí, no importa la declaración de voluntad propia y autónoma, ni reúne los elementos necesarios para la existencia del acto administrativo complejo o de voluntad concurrente²⁷⁴.

En este orden de ideas, la preadjudicación no crea derecho alguno a favor del preadjudicatario; este no tiene derecho incontrovertible a ser adjudicatario. El ente público no está obligado a contratar con el adjudicatario provisional y, correlativamente, éste no puede intimar a la autoridad a que contrate con él²⁷⁵.

Frente a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, inicialmente, el inciso primero del artículo 35 del Decreto Ley No. 222 de 1983, preceptuaba: "*la resolución de adjudicación,*

²⁷² En nuestro ordenamiento jurídico ver las sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 24 de agosto de 1990; expediente 5712, actor: Sociedad Peña Franco y Asociados; el 1 de octubre de 1992, expediente 5780; el 14 de junio de 2001, expediente 13793, actor: Sadeico; el 11 de marzo de 2004, expediente 13355, actor: Rodrigo Garrido Vélez; entre otras.

²⁷³ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit. Pp.385.

²⁷⁴ *Ibíd*em, Pp.386.

²⁷⁵ *Ibíd*em, Pp.387.

una vez ejecutoriada (sic) es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario. (...).

Al respecto el H. Consejo de Estado sostuvo, que el acto de adjudicación era irrevocable y por ende solamente era susceptible del control objetivo o subjetivo de legalidad, o en su defecto de la suspensión provisional, a través de medida cautelar correspondiente²⁷⁶.

Esta política legislativa, fue acogida por la ley 80 de 1993 quien en numeral 12 del artículo 30 consagró, que el *“acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”*.

No obstante lo anterior, el H. Consejo de Estado, moduló esta previsión legal sosteniendo, que en términos del inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal puede declarar la terminación del contrato en sede administrativa, circunstancia que se hace extensiva al acto de adjudicación a pesar, de que en estricto sentido, no existe relación jurídico negocial²⁷⁷.

Posteriormente, el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por la Ley 1150 de 2007, normativa que en **artículo 9** preceptuó que, el *“[...] acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra*

²⁷⁶ Consejo de Estado; Sentencia del 10 de marzo de 1994, expediente No. 6.436. en esta providencia se sostuvo *“[...]Frente a la absoluta prohibición legal para revocar los actos de adjudicación de los contratos, la administración no puede invocar válidamente motivo alguno del cual pueda derivar potestades de revocación. Esto no significa que la entidad pública, en estos casos, quede sujeta a la sola voluntad del adjudicatario cuando el acto contraría preceptos superiores; ella tiene a la mano las acciones consagradas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., y si la infracción de la ley reúne las características descritas en el artículo 152 del mismo código podrá, además, obtener la suspensión provisional del acto .[...]”*

²⁷⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; quince (15) de agosto de dos mil dos (2002); Radicación número: 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923). *“[...] Si ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad contratante tiene la potestad -o mejor la obligación- de dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre, sin que requiera de decisión judicial previa que declare la nulidad del contrato, no puede afirmarse prima facie, que el acto de adjudicación que resulte viciado de nulidad por violación del mismo régimen por parte del adjudicatario que todavía no es en rigor jurídico el contratista porque falta la formalización del contrato, sea irrevocable. No parece lógico que ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad pública contratante pueda unilateralmente dar por terminado el contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre y no pueda, por el contrario, dejar sin efectos el acto mediante el cual adjudicó el contrato por la ocurrencia de la misma razón, con el argumento de que ese acto es irrevocable .[...]”*

que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.[...]”

Frente, a lo previsto en el numeral 12 del artículo 30, se debe entender que revocado el acto de adjudicación *“[...]quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósitos o garantías [...]*”

Por último, el licitante no se obliga a “cumplir” el contrato sino después de la adjudicación notificada al adjudicatario. *Hasta ese momento está libre de todo acuerdo contractual y puede rechazar todas las propuestas o dejar sin efecto la licitación.* Por su parte, los proponentes no pueden exigir que se les adjudique la licitación y encomiende la ejecución contractual, ya que no tienen derecho subjetivo sino interés legítimo a ser adjudicatarios. Siendo la adjudicación una aceptación de oferta, el licitante es libre de aceptarla o no, aunque ello no lo exime de sus *responsabilidades precontractuales*, nacidas al amparo de los vínculos jurídicos previos al contrato, que algún sector de la doctrina denomina “pre- contrato administrativo”²⁷⁸.

Respecto a los efectos del acto administrativo de adjudicación se rescatan los siguientes²⁷⁹:

- Derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado.
- Deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario, que se traduce en el impedimento de contratar el objeto licitado con cualquier otro que no sea él.
- Mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones.

²⁷⁸ Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. Op, cit, Pp.405.

²⁷⁹ *Ibidem*, Pp.406.

- Derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios por desistimiento del licitante antes de la perfección del contrato o su rescisión ulterior por culpa de éste.
- Derechos de los oferentes no adjudicatarios de reiterar los documentos presentados y al reingreso de garantías. La mora en la devolución de las fianzas confiere también derecho de percibir intereses cuando la misma fuere en valores circulantes, dinero, acciones, etc., y de reclamar daños y perjuicios cuando la garantía no levantada consistiere en gravámenes reales, depósitos, etc.
- Obligación del adjudicatario de constituir la garantía de adjudicación²⁸⁰ .

b) Licitación Desierta.

El acto administrativo a través del cual se declara desierta la licitación es por definición un acto separado del contrato cuya finalidad es dar por terminada una actuación administrativa relacionado con el fracaso de proceso de selección.

En ese orden de ideas se refiere la doctrina²⁸¹ los *actos precontractuales* son aquellos que expide la entidad contratante antes de la celebración del contrato. Es así como el órgano jurisdiccional, en diversos pronunciamientos, extrae el acto de declaratoria de desierta de la licitación, de la anterior clasificación, al determinar que como quiera que no se produce posteriormente contrato alguno mal podría catalogarse como precontractual. Estas consideraciones tienen pleno alcance aun cuando a la frustración del proceso licitatorio —materializada por el acto que lo declara desierto—, sigue el ejercicio de la facultad de contratar de forma directa, a fin de no dejar insatisfechos los fines estatales que se busca cumplir; lo anterior, por cuanto la declaratoria de desierta de la licitación,

²⁸⁰ *Ibidem*, Pp.407

²⁸¹ Ver entre otros autores a Palacio Hincapié, Juan Ángel (página 433) y Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Quinta Edición Señal Editorial. De este último se destaca: "Frente a la ley 446 [...] podemos afirmar que el mencionado acto [que declara desierta la licitación o el concurso] no tiene el carácter de previo, y que si bien la acción viable será la de nulidad y restablecimiento, esta sí quedará sometida a las exigencias del Art. 85 del c.ca en toda sus extensión, no sólo en cuanto a la legitimación, sino también en cuanto a la caducidad ordinaria de cuatro meses. Se arriba a estas conclusiones, porque el acto que declara desierta la licitación o el concurso, como es obvio, no conduce a la celebración de ningún contrato, sino a todo lo contrato; y porque el tratamiento especial que se le da a los que son realmente previos en el inciso 2º del nuevo art. 87 del C.C.A., al otorgárseles las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento aunque en términos restringidos, se hace en función de unos fines específicos y en interés general, o sea la celebración del contrato y el no entorpecimiento de éste con las acciones propias de los actos previos [...]"

constituye claramente un acto de cierre o culminación del proceso licitatorio, que impide interpretar la ulterior contratación directa como una continuación o extensión del mismo; esta última, configura en esencia una nueva actuación administrativa, más breve y expedita, tendiente a la celebración de un contrato estatal. Por ello, mal podría interpretarse que el negocio jurídico resultante de esta nueva actuación, tenga como fundamento el proceso licitatorio inicial.

Por su parte, el Consejo de Estado determinó, que el acto administrativo que declara desierta la licitación, por su naturaleza es un *acto separable del contrato, no proferido propiamente con ocasión de la actividad contractual*; el cual debe ser motivado y regido por las normas del Código Contencioso Administrativo²⁸².

Ahora bien, de acuerdo con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la razones que facultan a la entidad pública para declarar desierta la licitación, es establecer la ocurrencia de motivos o causas que impidan la selección objetiva; no se trata de una facultad arbitraria, sino por el contrario, deben indicarse las razones para declarar desierta la licitación, entre las que se admiten la no presentación de oferta alguna, la no adecuación de las ofertas presentadas al pliego de condiciones o términos de referencia, la verificación de falta de voluntad de participación, la no viabilidad de las propuestas presentadas, etc.

Si bien la norma no enuncia de manera taxativa las causales para declarar desierta la licitación, es claro que se trata de una función que debe ser objetiva y por ende motivada, expresada mediante acto administrativo con sujeción a los principios rectores de la contratación estatal²⁸³.

²⁸² Ver entre otros pronunciamientos del Consejo de Estado: Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006) Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; catorce (14) de agosto de dos mil tres (2003); Radicación número: 25000-23-26-000-2001-2509-01(22848). Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; siete (7) de junio de dos mil uno (2001); Radicación número: 08001-23-31-000-1999-2057-01(19583).

²⁸³ Artículo 25º.- *Del Principio de Economía.* En virtud de este principio: [...] 18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión [...]”

II. La actividad contractual: grandes debates relacionados con el denominado “*contrato público*”

1. Diferentes concepciones frente a la institución jurídica del contrato administrativo.

La institución jurídica del “contrato administrativo”, ha sido objeto de diferentes concepciones, que se han materializado a nivel de la doctrina general en distintas teorías, acerca de aceptar o no su propia existencia jurídica; miremos esas tendencias²⁸⁴:

a). **Teoría antigua, nugatoria de los contratos administrativos:** En una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado; significando que no hay una categoría nueva de contratos, diferente a la de contratos privados.

Desde un marco general, basta recordar como en Alemania (Otto Meyer)²⁸⁵ reconoce solo la existencia de actos administrativos; para la teoría Alemana no hay posibilidad de contrato entre la Administración y un particular, por la relación de supremacía de aquella con relación a éste y solo acepta su existencia cuando se encuentra en igualdad de condiciones, como ejemplo: entre dos órganos estatales. Sostiene esta teoría la ausencia de la autonomía de la voluntad de las partes, en lo que respecta a la administración: no es libre de elegir con quien va a contratar, todo está reglamentado; en lo que hace al particular: se encuentra limitada, se centra en aceptar o rechazar.

Para una parte de la doctrina francesa (Jéze)²⁸⁶, en lugar de contrato administrativo es necesario hablar de acto condición, en el sentido que se trata de un acto que inviste a una persona de una situación jurídica general, impersonal, objetiva y preexistente.

²⁸⁴ Gordillo, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera Edición Colombiana. Biblioteca Jurídica Dike. 1998. Pp XI.5- XI-29 Escola, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Parte General, Volumen I. Editorial. Depalma. 1977. Pp. 29- 83.

²⁸⁵ Mayer, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Tomo II. pp. 9-39-19-36. Citado en Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo, Op, cit.

²⁸⁶ Jéze Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo III, Pp. 316.

Una parte de la doctrina italiana (Zanobini)²⁸⁷, sostiene que la administración se encuentra vinculada con el particular mediante “*acuerdos administrativos*” que se caracterizan por la existencia de cláusulas exorbitantes en relación al derecho común y por la subordinación jurídica del particular, quien solo puede aceptar o rechazar lo establecido unilateralmente por la administración; esas características tipifican un “*acuerdo*”, no “*un contrato*”; el contenido de la relación es impuesto unilateralmente; la voluntad del particular no es elemento esencial, sino accesorio que no hace a la existencia, sino a la eficacia del acto.

b). **Teorías positivas:** Se distinguen los contratos regidos por el derecho privado, de los regulados por normas del derecho administrativo:

(I). Contratos regidos por normas de derecho privado: en estricto sentido niega la existencia de contratos administrativos, pero acepta que el Estado suscriba contratos siempre y cuando sean regidos por el derecho privado, ya que no habrá subordinación jerárquica entre el particular y la administración, ni cláusulas exorbitantes en relación al derecho común.

(II). Contratos regidos por normas de derecho administrativo (doctrina francesa, española, argentina): definen los siguientes elementos, para determinar la presencia de un contrato administrativo²⁸⁸:

- **Elemento subjetivo** (siempre que actúa la administración, el contrato será regido por los principios y normas de derecho administrativo; en consecuencia, para esta teoría no hay posibilidad de que el Estado celebre contratos privados).

²⁸⁷ Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo. Milán. 1958, 8 Edición, Pp 20-45.

²⁸⁸ Respecto a los distintos modelos de contrato administrativo definidos en el derecho comparado, véase: Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, en "Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo", en Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, Pp. 867 y ss; Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. III-A, Pp. 20 y ss., Buenos Aires, 1989; Díez, Manuel María, Derecho Administrativo, T. II, Buenos Aires, 1965, Pp. 435 y ss; Fiorini, Bartolomé A., Manual de Derecho Administrativo, T. I, Buenos Aires, 1968, págs. 409 y ss.; Entrena Cuesta, Rafael, "Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración", en Revista de Administración Pública, nro. 42, págs. 42 y sigs., Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, Pp. 189 y ss; De Solas Rafecas, José María, Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración, Tecnos, Madrid, 1990, Pp. 21 y ss; Gordillo, Agustín A., y otros "Los contratos administrativos", en Contratos Administrativos. Régimen de Pago y Actualización, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1982, Pp. 17 y Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. III-A, Buenos Aires, Pp. 49, entre otros.

- Procedimiento previo de contratación; otra parte de esta teoría afirma que hay contrato administrativo, siempre que la administración deba seguir un procedimiento previo para la contratación.
- Para otro sector, el elemento determinante radica en el objeto contractual, en este sentido siempre habrá que analizar la finalidad del contrato; si se trata de un “*interés general*”, se está frente a un contrato administrativo.
- De igual manera se ha acudido a la noción de la “*cláusula exorbitante*”.
- Así mismo estas teorías positivas han acudido a un “*criterio legalista*”, bajo el entendimiento que es competencia del legislador definir de manera positiva cuales son los contratos administrativos; de igual manera un “*criterio jurisdiccional*”.
- Para esta tendencia el control judicial determina la naturaleza del contrato (jurisdicción ordinaria – jurisdicción contenciosa administrativa).
- Criterio de la subordinación; bajo esta corriente, se sostiene que hay todo un régimen jurídico específico para regular los contratos administrativos, que se caracteriza por la subordinación no solo económica, sino jurídica del contratista, respecto a la administración.

El régimen del contrato administrativo, no trata de compensar la inferioridad del contratante, sino que por el contrario la acentúa, reconociendo a la administración una variedad de atribuciones o potestades. Entre los aspectos más característicos del régimen del contrato administrativo, se encuentran: la limitación de la libertad contractual de las partes (se trata de un típico contrato de adhesión) – la desigualdad jurídica de las partes - la mutabilidad del contrato – los efectos aun frente a terceros – el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento del órgano judicial – la facultad administrativa de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque no estén previstas en el contrato. – la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*²⁸⁹.

Es necesario precisar, que la corriente positiva (en sus diferentes criterios), se fundamenta en aceptar al contrato como una categoría jurídica genérica, que puede conceptualizarse como acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, destinado a producir efectos

²⁸⁹ Ese régimen jurídico en la actualidad ha variado esencialmente, lo que ha permitido sostener la “*crisis del clásico contrato administrativo*”; a título enunciativo: no se habla de subordinación, sino de colaboración; la facultad de sancionar debe estar fundada en la ley o en el contrato; se ha modificado los efectos de la cláusula non adimpleti contractus; se ha introducido el concepto de buena fe en la relación contractual; la teoría de la imprevisión, etc.

jurídicos; que resulta aplicable tanto a los contratos de derecho privado, como a los contratos de derecho público.

c) **Desde una visión totalmente diferente, coexiste otro sector doctrinal**, que afirma que así como en el derecho privado, el contrato es una especie de la noción de “*acto jurídico*”, de igual manera, en la esfera del derecho público, **el contrato administrativo es una de las especies del acto administrativo**; sostiene esta corriente que es ilógico reconocer la existencia de “*contratos*” administrativos, pero negar – como lo hacen algunos autores – que ellos sean “*actos administrativos bilaterales*”²⁹⁰.

Por el contrario, otra línea doctrinal²⁹¹, partiendo de entender la noción de acto administrativo como “*una declaración o decisión unilateral de un órgano del Estado, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata*”, considera que es totalmente equivocado el definir el contrato administrativo como un acto administrativo bilateral; sosteniendo además, que precisamente el ataque mayor a la existencia del contrato administrativo se ha planteado en el sentido de la imposibilidad de una bilateralidad de la voluntad, por cuanto la voluntad de los particulares nunca puede concurrir a formar un acto administrativo.

d) Una **primera conclusión**, permite señalar la coexistencia de las siguientes grandes líneas teóricas: la primera que niega la existencia del contrato administrativo y solamente acepta la noción de contratos de derecho privado; la segunda que acepta que la relación negocial de la Administración y los ciudadanos se rigen por el contrato administrativo y de igual manera por el contrato de derecho privado, y una tercera que niega la noción de contrato administrativo pero no acude al contrato privado sino a la noción de Acto Administrativo Bilateral.

Una segunda conclusión, radica en que el debate se presentó respecto al contrato administrativo y el acto administrativo (unilateral – bilateral), pero se dejó de lado en esta evolución inicial del concepto, la “*autonomía o no del contrato administrativo frente al*

²⁹⁰ Marienhoff, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, Op, cit, Pp. 190.

²⁹¹ Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos. Editorial. Depalma. 1980. Pp. 117-131.

contrato privado"; como se dejó reseñado, se parte por sostener que el régimen privado representa la mayor garantía para la estabilidad de los contratos administrativos; negando igualmente su propia sustantividad, en el sentido de plantear que no difiere de la categoría de contrato civil y que lo único que era típico de esta figura, radicaba en una modulación especial respecto a un conjunto de prerrogativas de poder público durante la ejecución del contrato.

Se puede observar entonces, que el concepto de contrato administrativo, ha dado lugar a continuas polémicas doctrinales y a numerosas leyes y reglamentaciones; por eso se habla del "*enigma del contrato administrativo*"²⁹², en el sentido que es un concepto que no se alcanza a comprender o que difícilmente puede entenderse o interpretarse.

Sin embargo no puede desconocerse que de igual manera, en aquellos países (Alemania, Gran Bretaña, Italia, o Estados Unidos), en los que no se reconoce la categoría de contrato administrativo (los contratos están sujetos al derecho común, civil o comercial, como cualquier contrato entre particulares), tal situación es más teórica que real, por cuanto, en la práctica los contratos celebrados por el Estado, contienen regulaciones que los exceptúan del régimen común, incorporando cláusulas que igualmente privilegian a la administración contratante²⁹³.

En ese orden de ideas, el enigma se relaciona con la "*contratación estatal*" en el sentido de: la incompatibilidad que en principio se genera entre aceptar una "*relación contractual*" del Estado (relación bilateral vinculante, libremente acordada, en un plano de igualdad) con la idea de poder público (titular o partícipe de la soberanía, que puede hacer valer unilateralmente su poder, mediante leyes, decretos, actos de gobierno); como sostuvo Otto Mayer (hace más de un siglo) "*...el Estado manda siempre unilateralmente...*", el contrato no tiene acomodo posible en el derecho público²⁹⁴.

Ante tal incompatibilidad conceptual, pero también ante la realidad evidente, desde hace siglos, que el Estado celebra contratos, se ha tenido que buscar una explicación: Unos

²⁹² Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Pp. 59. En Cassagne, Juan Carlos. Tratado General de los Contratos Públicos. Director. Tomo I. 1ª Edición. Editorial La Ley. 2013.

²⁹³ *Ibidem*

²⁹⁴ *Ibidem*, Pp. 61.

dijeron: Cuando los poderes públicos contratan, lo hacen como si fueran personas jurídicas y se someten al derecho privado. Otros, entendieron que la presencia del Estado en la relación, transformaba la naturaleza y estructura de ésta, dando lugar a un nuevo instituto jurídico al que llamarón contrato administrativo; es decir, se pretendía reconstruir una figura milenaria sobre nuevas bases, alterada por la presencia del poder público²⁹⁵.

El enigma persiste tanto en un caso como en el otro: ¿es realmente posible ese desdoblamiento de la personalidad jurídica del Estado, de modo que éste se despoje de su poder cuando contrata? Desde la otra posición, ¿esa reconstrucción de la figura contrato administrativo, es realmente contrato?, no se debería llamar de otra manera (convenio, concierto, acuerdo, acto bilateral necesitado de aceptación?)²⁹⁶.

2. Las discusiones sobre una verdadera sustantividad del denominado contrato público.

Un problema central que sigue planteándose en torno al contrato administrativo, es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho privado (que lo rigen desde que el Estado utiliza la forma contractual) y en qué medida ha adquirido una sustantividad propia y típica de derecho público²⁹⁷.

2.1. La contratación fue siempre considerada materia privada; las primeras sistematizaciones francesas del derecho administrativo se hicieron justamente sobre una especial categoría de “actos de gestión” (es decir, contratos) donde la administración aparece revestida de autoridad, de un poder no controlable por los jueces ordinarios; se trataba básicamente de tres contratos: venta de bienes nacionales – suministros al

²⁹⁵ *Ibidem*

²⁹⁶ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 172, Madrid, enero-abril (2007), Pp. 81

²⁹⁷ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, págs. 20 y sigs., Buenos Aires, 1989; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, 1965, Pp. 435 y sigs.; Fiorini, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1968, Pp. 409 y ss. Para los antecedentes de esta cuestión: Entrena Cuesta, Rafael, "Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, Nro. 42, Pp. 42 y ss., Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, Pp. 189 y ss.

ejercicio – construcción de obras públicas; tres operaciones que conllevaron al nacimiento del contrato administrativo²⁹⁸.

Sin embargo, es importante precisar que las razones por las que surge la figura no son como se creyó inicialmente puramente procesales (un fuero distinto por razón del sujeto), de ser esa la razón para que la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración? Cuando uno y otro es celebrado por el mismo sujeto? ²⁹⁹.

Por lo anterior al no ser el sujeto lo que determina esa especialidad, la razón se centró en identificar que había detrás de esas relaciones contractuales, que justificarán una jurisdicción y una regulación especial; en ese sentido se concluyó que existían ciertas operaciones contractuales de suma importancia política para la vida del Estado y de la sociedad, por lo que se requería de una protección especial, que no podían verse frustradas o puestas en peligro, por la rigidez y el sistema de garantías del derecho común.

En ese orden de ideas, esos contratos – no constituyen una simple relación de justicia conmutativa³⁰⁰ entre las partes, sino que por encima y antes que eso, el Estado persigue un fin colectivo, de fomento de la riqueza nacional, de justicia distributiva³⁰¹, de saneamiento financiero de la hacienda³⁰².

Desde este punto de vista (la importancia política de la operación contractual para el Estado y la sociedad) dependerá del momento histórico, la satisfacción de determinadas

²⁹⁸ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op. cit, Pp. 93.

²⁹⁹ *Ibidem*, Pp. 94.

³⁰⁰ *La justicia conmutativa es aquella manifestación de la virtud de la justicia particular que se genera como consecuencia del intercambio de bienes, o por la lesión o apoderamiento de los bienes del otro.* La diferencia específica de la justicia conmutativa es que la deuda está vinculada a una conmutación, ya sea voluntaria, como es el caso de los contratos, o ya sea involuntaria, como es el caso de la lesión o sustracción de un bien ajeno (en cuyo caso la conmutación en que consiste la reparación o restitución es impuesta por el juez). La fuente más común de obligaciones de justicia conmutativa es el contrato o acuerdo de voluntades por el que una o varias personas se obligan con otra u otras a la entrega de una cosa o a la prestación de un servicio. Desde el momento del acuerdo y en la medida en que no compromete a ejecución de acciones inmorales, surge la obligación de justicia de realizar el servicio o entregar la cosa en el momento y forma convenidos. Ver en Poole Derqui, Diego. La Justicia. Editado por la UNAV y Thomson Aranzadi. 2012. Pp. 13.

³⁰¹ La justicia distributiva es aquella manifestación de la virtud de la justicia que se ejerce en el reparto de bienes y cargas o funciones entre los miembros de una comunidad. La justicia distributiva se predica no sólo del gobernante de la comunidad política, sino también de todo aquél que tenga que administrar y repartir bienes que son comunes. Cualquier persona que tenga a su cargo una comunidad —desde el presidente de una república, pasando por el administrador de una sociedad mercantil, hasta una madre de familia o el director de un club deportivo— ha de vivir la justicia distributiva en la medida en que ha de repartir bienes, cargas, tareas y funciones que son comunes. Ver en Poole Derqui, Diego. La Justicia. Editado por la UNAV y Thomson Aranzadi. 2012. Pp. 13.

³⁰² Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Revista de Administración Pública. Op. cit.

necesidades públicas y bajo tal condición se calificara como administrativa o civil la actividad contractual desarrollada por la administración³⁰³.

Aceptar esa última situación conlleva igualmente a reconocer que el contrato administrativo no posee una naturaleza fija o inmutable, sino una categorización o calificación jurídica dinámica; la calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiará con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico y político del momento.

Esa la razón bajo esta concepción de la existencia del contrato administrativo, que justifica un “*régimen jurídico especial*” para garantizar los fines públicos que implican la realización del objeto contractual; régimen que se caracteriza por una mayor elasticidad interna, por una especial protección del fin público (que pasa por encima de la propia relación bilateral) por una mayor capacidad de decisión para una de las partes (que asume la potestad de dirección)³⁰⁴.

2.2. Dentro de las particularidades que históricamente se señalan respecto al contrato administrativo, pueden resaltarse esencialmente las siguientes:

a). Desigualdad de las Partes: En los contratos que celebra la administración, regidos fundamentalmente por principios y normas de derecho público, la concepción contractual se configura sobre la base de un acuerdo de voluntades, cuyo régimen refleja la distinta posición de las partes, en función de los intereses que persiguen. Mientras la finalidad de la Administración es la realización del bien común, que radica en la causa relevante de interés público que lo justifica, el contratista persigue, un interés individual, de naturaleza privada, aun cuando conectado con el interés público, de un modo mediato a través del contrato que celebra³⁰⁵. Esa diversidad de fines, se particulariza en las prerrogativas de poder público, que en el marco del principio de equilibrio contractual, exhibe una

³⁰³ Cfr. Adriano de Cupis. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Casa Editorial Bosch. 1975; Henao Juan Carlos y Andres Fernando Ospina. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2015; Henao Juan Carlos. El Daño- Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual en el Estado En Derecho Colombiano y Frances, Universidad Externado de Colombia. 2015.

³⁰⁴ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit, Pp. 79.

³⁰⁵ Cassagne, Juan Carlos. Cuestiones de Derecho Administrativo, ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, Cap. VIII, «La igualdad en la contratación administrativa», p. 93 y ss., y Revista E.D., Tº 100, p. 899

situación de desigualdad, que el régimen de garantías a favor del contratista procura compensar. La desigualdad que justifica la prerrogativa de poder público se halla siempre conectada a los fines concretos que la administración deberá acreditar en cada caso; tampoco implica una relación de subordinación, sino de colaboración. Si se repara en el papel que cumple la igualdad en la teoría de la justicia, la desigualdad propia de la contratación administrativa aparece como el producto de una relación de justicia legal, sin alterar el equilibrio de la conmutación (como es en definitiva todo contrato) en el que la igualdad, se realiza de objeto a objeto, en proporción al valor de la cosa; en el contrato administrativo conviven las tres especies clásicas de la justicia, al contener tanto derechos y obligaciones propios de la conmutativa voluntaria, como de la justicia distributiva, junto a cargas impuestas en función del bien común (justicia legal)³⁰⁶.

b). Prerrogativas de Poder público y Garantías compensatorias. El rasgo característico del contrato administrativo, radica en la presencia de prerrogativas públicas.

Esas prerrogativas pueden provenir tanto del ordenamiento general (casos en que constituyen verdaderas potestades), como del propio pliego o bases de condiciones que a futuro, pasa a integrar el contrato; de igual manera pueden surgir del clausulado expreso del acuerdo de voluntades. De manera general esas prerrogativas se circunscriben, a *la potestad variandi* y a la terminación del contrato por razones de oportunidad, merito o conveniencia³⁰⁷. Frente a esas potestades, coexiste la tendencia a garantizar la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, mediante una adecuada compensación o indemnización³⁰⁸.

c). Concepción finalista del contrato administrativo: Un contrato es administrativo cuando se celebra por el Estado en ejercicio de las funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades de ese mismo carácter; o cuando su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración. Esa finalidad es la

³⁰⁶ *Ibidem*, Pp. 93.

³⁰⁷ Jeanneret de Pérez Cortes, María, «Acto Administrativo y Contrato Administrativo», Jornadas organizadas por la Universidad Austral de la Facultad de Derecho, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 144 y ss.

³⁰⁸ Cassagne, Juan Carlos. Tratado General de los Contratos Públicos. Op, cit, Pp. 224 y 25.

sustantividad del contrato administrativo³⁰⁹ y por eso para algunos produce la exclusión de esta categoría jurídica de los llamados contratos privados de la administración, por cuanto estos no cumplen una finalidad pública directa o inmediata; sin desconocer que se rigen por la zona común de la contratación administrativa; es decir se les aplica las normas de procedimiento de selección y competencia³¹⁰.

2.3. Debe en primer lugar resaltarse que ese sujeto que se llama administración, es el mismo, y sus actuaciones están siempre reguladas por un conjunto de normas y principios, que constituyen su estatuto jurídico. De igual manera, la administración tiene dos aspectos: uno subjetivo (de estructura, de organización, de su naturaleza en cuanto a sujeto); otro de actividad (su actuación, sus funciones, el régimen jurídico de sus actos).

La cuestión radica en que esas dos aristas o calificaciones de la administración (sujeto – actividad) no siempre coinciden: No todo sujeto administrativo actúa como “*administración*”, ni toda acción administrativa es desarrollada siempre por la administración – sujeto. Lo importante sin embargo es que toda administración-sujeto, está sometida desde la visión del régimen jurídico al derecho administrativo, aun cuando la actividad a que dicho funcionamiento se encamine, sea una actividad privada³¹¹.

Lo anterior justifica que en la actividad contractual, todo el procedimiento de conformación de la voluntad y habilitación del gasto es siempre derecho administrativo, aun cuando el contrato sea de derecho privado. Por el contrario cuando el ente no goza de esa condición de administración- sujeto, no es aplicable a su estructura, organización y funcionamiento interno, el derecho administrativo, aunque éste puede ser aplicable a su actividad, si el objeto contractual, afecta a los intereses públicos³¹².

³⁰⁹ En España, la denominada sustantividad del contrato administrativo y la admisión correlativa del contrato de la administración regido por el derecho privado viene siendo sostenida por distintos autores: Villar Palasí, José Luis, Lecciones sobre contratación administrativa, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969; Monedero Gil, Oscar, Doctrina del contrato del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977; Ariño Ortiz, Gaspar, Contrato del Estado y Common Law, en el estudio prólogo hecho al libro de Monedero Gil antes citado, y Solas Rafecas, José María de, Contratos administrativos y contratos privados de la Administración, p. 22 y ss, especialmente p. 41, nota 46 in fine.

³¹⁰ Cassagne, Juan Carlos. Tratado General de los Contratos Públicos. Op, cit, Pp. 26.

³¹¹ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit, Pp. 75.

³¹² Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Op, cit. Pp. 36-37.

Desde esta visión, el derecho administrativo no es solamente el derecho de la administración como sujeto, es decir no es solo un derecho estamental de un sujeto llamado administración, sino que también es el derecho de los intereses públicos o colectivos, allí donde se encuentren (en manos públicas o privadas)³¹³.

En la modalidad del contrato privado de la administración, su contenido, ejecución, y extinción, estarán regidos por el derecho privado (comercial - civil), razón por la cual su régimen jurídico va ser diametralmente distinto. En un contrato de derecho privado que celebre el Estado no cabe acudir a prerrogativas de poder público, dictar actos unilaterales de la misma naturaleza, ni decisiones administrativas ejecutorias, imponer y ejecutar multas, rescindir el contrato de derecho privado por sí y ante sí, etc.³¹⁴.

El contrato de derecho privado de la administración se califica sustancialmente en tanto el interés comprometido no sea relevante, y por consiguiente la regulación de su OBJETO le corresponde al derecho civil o mercantil, sin perjuicio de la naturaleza pública de la entidad y la aplicación de normas administrativas, en el procedimiento precontractual³¹⁵.

2.4. La distinción entre contratos de derecho privado de la administración, y contratos administrativos, radica en función de la satisfacción del interés público relevante que persigue la administración, el cual se incorpora al fin u objeto del contrato, proyectándose en un régimen sustantivo propio del interés público (criterio causa – fin); ese límite de interés público o finalidad pública, tipifica al contrato administrativo, diferenciándolo del contrato privado de la administración o contrato regido por el derecho privado. Esta clasificación, no tiene ninguna relación con aquella superada hace más de un siglo, en el derecho comparado, de los actos de gestión y actos de autoridad, ni menos aún con la doble personalidad del Estado³¹⁶.

³¹³ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit, Pp. 85.

³¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, providencia de fecha 5 de octubre de dos mil cinco (2.005). Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) Actor: Procuraduría General de la Nación.

³¹⁵ Dromi Jose Roberto. *La licitación Pública*, Op, cit. Pp.345.

³¹⁶ Ver: Concepto de 13 de junio de 2002, Rad. 1395, C. P. César Hoyos Salazar; Sentencia de 26 de julio de 1996, Rad. 7754, Actor: Inmobiliaria El Cedrito S.A., en liquidación, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, C. P. Delio Gómez Leyva; Consulta de fecha 16 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Oswaldo Abello Noguera; Concepto de 5 de mayo de 1999, Rad. 1190, C. P. Javier Henao Hadrón; Sentencia de 20 de octubre de 1995, Rad. 7757, Actora: Sociedad Skandia de Seguros de Colombia S. A., Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte, C. P. Juan De

En sus comienzos para la institución de la teoría del contrato administrativo se tomaron como punto de partida las bases que existían en la esfera del derecho privado, sin advertir las diferencias entre ambas categorías jurídicas. Esa postura que implicaba desconocer la existencia y consecuente autonomía del contrato administrativo empezó a dejarse atrás en el siglo XIX, al admitir la diferencia entre los contratos administrativos y de derecho privado en función del esquema estructural de los actos de gestión y de autoridad; con posterioridad en el siglo XX, se adoptó un criterio material, al identificar al contrato administrativo como aquellos que se refieren a la organización o funcionamiento de los servicios públicos³¹⁷.

Los dos criterios interpretativos a que se ha acudido para diferenciar esta tipología de los contratos que celebra la administración son: orgánico – subjetivo; y sustantivo- finalístico. Se entiende que se deriva de ese interés público o finalidad pública el régimen jurídico peculiar y exorbitante que rige en el campo del derecho administrativo contractual. En ese sentido: *“los contratos administrativos a diferencia de los de derecho privado de la administración, procuran la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del contrato, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)”*³¹⁸. Las prerrogativas públicas emanan del ordenamiento jurídico (*ex lege*) y no de la voluntad, intención, acuerdo de las partes del vínculo contractual³¹⁹.

2.5. Las implicaciones jurídicas de la existencia de esas dos modalidades de contratación por parte del Estado, se pueden concretar de la siguiente manera: a) régimen jurídico aplicable; b) prerrogativas de poder público, c). igualdad de las partes; d) mutabilidad³²⁰ e

Dios Montes Hernández; Concepto de 7 febrero de 1997, Rad. 934, C. P. Javier Henao Hidrón; Sentencia de 14 de junio de 2001, Rad. 13793, Actor: Sociedad Sadeico S.A., Demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, C. P. Ricardo Hoyos Duque. Igualmente, Sentencia de 21 de febrero de 1986, Rad. 4550, actor Sociedad de Ingeniería Explanaciones y Pavimentos Ltda, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido, Sentencia de 20 de octubre de 1995, Rad. 9847, Actor Víctor Camargo, Demandado Municipio de Plato-Magdalena, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros y Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Rad. 8563, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sentencia de 3 de agosto de 2006, Exp. 15687, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de septiembre 7 de 1990, Rad. 3106, Actor Sociedad Blanco y Rosales Ltda., C. P. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia de 11 de octubre de 1994, C.P. Yesid Rojas Serrano; de la Corte Suprema de Justicia Sentencia de 7 de octubre de 1936, G.J. Nos. 1914 y 1915; Sentencia C-024 de 1994, y Sentencia C-400 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, de la Corte Constitucional

³¹⁷ Jéze Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo, Op, cit, Pp. 316.

³¹⁸ Cassagne, Juan Carlos. “El contrato administrativo”. Op, cit, Pp. 15 y ss.

³¹⁹ Huergo Lora, Alejandro, Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas, Civitas, Madrid, 1998, p. 23 y ss.

³²⁰ *Marienhoff*, Miguel S., *Tratado...*, op, cit., t. III-A, pp. 399-403. Algunos autores como Benoit en Francia y Durán Martínez en Uruguay han negado la configuración, en principio y como regla general, de la *potestas variandi*; véase *Durán*

inmutabilidad, posibilidad de modificar por razones de interés público; lo que se denomina “*estabilidad contractual dinámica*”; en el contrato de derecho privado de la administración, el acuerdo de voluntad común es mucho más fuerte y las partes deben ajustarse a la palabra empeñada en un sentido análogo a una relación entre particulares (principios de buena fé y confianza legítima rigen en los contratos privados de la administración de un modo más similar al que se informa y fundamenta en el derecho privado. e). Jurisdicción especial u ordinaria³²¹.

De igual manera, el contrato administrativo está precedido de una idea de “*justo precio*” (en el contrato civil, la idea de equivalencia de prestaciones está ausente); la interpretación del contrato administrativo no es voluntarista (la intención de las partes) sino legal y teleológica (el fin del contrato; el mejor servicio público; en todo contrato administrativo hay un tercero: la sociedad, el público); el *pacta sunt servanda* tiene un alcance distinto en ambos contratos (por la necesidad de modificación en los contratos administrativos); la cláusula rebus sic stantibus, de aplicación excepcionalísima en el derecho civil, debe ser habitual en los contratos administrativos para lograr un reparto equitativo de los riesgos; etc,³²².

En consecuencia, debe rescatarse la propia sustantividad del contrato administrativo, frente al contrato privado; los contratos de la administración pública (administrativos – derecho privado de la administración) no pueden ser regulados por las mismas reglas y principios que regulan los contratos entre particulares; la discusión está en si es válido seguir manteniendo como base del sistema de contratación pública los principios y reglas del contrato privado.

Sin embargo, continúan hoy en día los dilemas relacionados con: la elección entre un régimen contractual estatista y autoritario, frente a un régimen de equilibrio entre prerrogativas y garantías; - si tiene o no sentido la categoría de contrato administrativo (de la

Martínez, Augusto, “Ejecución de los contratos administrativos», en *Contratación administrativa*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1968, p. 64. El principio de la mutabilidad unilateral del contrato administrativo también ha sido sostenido en la doctrina brasileña: *Bandeira de Mello*, Celso A., *Curso de direito administrativo*, 24ª ed., Malheiros Editores, San Pablo, 2007, p. 611 y ss., y *Oliveira Franco Sobrinho*, Manoel de, *Contratos administrativos*, Saraiva, San Pablo, 1981, ps. 50-51.

³²¹ Marienhoff, Miguel S.- Tratado De Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 125

³²² Cassagne, Juan Carlos. Op, cit, Pp. 58.

negación, se pasó al reconocimiento de una tendencia publicista, de todas maneras se continuó negando la configuración autónoma y diferenciada de la categoría de contrato administrativo); - si se admiten o no los contratos de la administración regulados en cuanto a su objeto, por el derecho privado³²³.

3. La incidencia del poder legislativo y el contrato público

Otra interesante tensión, se concreta en la relación entre el contrato y el poder político; la misma puede formularse de la siguiente manera: ¿puede una nueva ley cambiar los términos pactados por el Estado en un contrato?.

De entrada y sin duda alguna, la tradición jurídica afirmará la fuerza vinculante de los contratos; desde época antigua se sostenía que el príncipe, en los contratos con sus súbditos, queda ligado por obligación natural; que el príncipe aún con su poder, no puede violar el contrato, por cuanto está sometido a las leyes. Pero el príncipe, por una necesidad pública o por una causa urgente, puede rescindir el contrato, aunque no puede en justicia, privar completamente al súbdito de lo suyo sin una compensación, pues esto no es necesario para el bien común³²⁴.

Esa antigua doctrina, tiene plena actualidad, de ella se desprende: que el contrato es ley para las partes – la vincularidad del contrato – la posibilidad de rescindirlo o modificarlo, pero con indemnización (no hacerlo atenta contra el derecho de propiedad), la apreciación que el príncipe tiene una doble personalidad³²⁵.

³²³ Cfr. Bielsa, Rafael. Derecho administrativo, Tº II, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964-1966, p. 175; Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, Depalma, Buenos Aires, 1952, y 2ª ed., 1980, ps. 240-241; Fiorini, Bartolomé A., Manual de Derecho Administrativo, Tº I, LA LEY, Buenos Aires, 1968, p. 414; Diez, Manuel María, Derecho administrativo, Tº II, 1ª ed., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, ps. 440 y ss; Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tº III-A, 2ª ed., act., 1978, ps. 85 y ss; señala al respecto Bielsa que la necesidad de distinguir los contratos civiles o comerciales, que celebra la Administración, de los contratos administrativos, es tan evidente e incuestionable que toda discusión sobre ello es obvia y que «La circunstancia de que el régimen interno (financiero, contable, etc.) sea uno para todos los contratos, administrativos o no, tiene su explicación en el principio de que todos los bienes del Estado están sujetos a un sistema patrimonial uniforme y responsable» (Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, cit., T II, p. 175, nota 24).

³²⁴ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit. Pp. 64.

³²⁵ Marienhoff, Miguel S.- Tratado De Derecho Administrativo Tomo III – Contratos de la Administración Pública. Teoría general y de los contratos en particular. Pp. 182.

De esa herencia histórica, se deriva la fundamental identidad de los problemas y soluciones que la contratación pública presenta en todos los países, por debajo de las formales diferencias de los sistemas jurídicos.

La existencia de una doble persona en el príncipe, como la de una doble condición jurídica del Estado en cuanto sujeto de Derecho, se perpetuará a lo largo de los siglos en muy diversos sistemas jurídicos: teoría del Fisco en Alemania – doctrinas de los actos de autoridad y actos de gestión en Francia – actuación del Estado como poder o como persona jurídica en España- distinción entre *proprietary capacity* y *governmental capacity*, en los países del *common law*³²⁶.

Es muy notable constatar la tradición jurídica común que en esta materia se aprecia, más allá de los diferentes sistemas; latino, anglosajón o germánico.

Alexander Hamilton (gran jurista de la revolución americana, autor de una gran parte de los “ *federalist papers*”), dirigía al senado de los Estados Unidos, el 20 de enero de 1795, el siguiente texto: “*Cuando un gobierno entra en contrato con un individuo, depone por lo que al contrato se refiere, su autoridad constitucional y cambia su carácter de legislador por el de persona moral, con los mismos derechos y obligaciones que cualquier individuo: sus promesas deben, en justicia, ser exceptuadas de su poder para dictar normas*”; “*es imposible, teóricamente, reconciliar la idea de una promesa que obliga, con la existencia de un poder de hacer leyes que pueden variar el efecto de aquella promesa*”³²⁷.

Sin embargo, esa prohibición de obstaculizar o menoscabar las obligaciones derivadas de los contratos, fue en efecto limitada por la jurisprudencia, con base en el denominado “*poder de policía*”³²⁸, que igualmente estaba contenido tanto en las leyes como en la constitución. Con ese fundamento se entendió que la protección y salvaguarda de los intereses vitales de la comunidad, podía legitimar una legislación limitativa de las obligaciones derivadas del contrato³²⁹.

³²⁶ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit. Pp. 65.

³²⁷ Citado por Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo, op, cit. Pp. 65.

³²⁸ Rodríguez Arana, Jaime, Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar, Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss., especialmente Pp. 225 y Cfr. Moncada Lorenzo, Alberto. Significado y Técnica Jurídica de la Policía Administrativa.

³²⁹ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit, Pp. 85.

Frente al interrogante formulado se ha venido sosteniendo, que el Estado en buen derecho no puede alterar los términos pactados en el contrato; lo que si puede es expropiar por ley los derechos emergentes del mismo, que tienen la misma garantía constitucional de la propiedad, es decir por causa de utilidad pública y previa indemnización (el punto no es de intangibilidad de los contratos, sino de los derechos patrimoniales que surgen de ellos, en la medida que se encuentran amparados por garantías constitucionales) se mantiene la soberanía del legislador, pero acompañada de responsabilidad patrimonial por su actuación³³⁰.

4. La tensión jurídica entre la relación del contrato público y el acto administrativo.

Una cuarta controversia radica en la relación del contrato con el acto administrativo; ambos son en un Estado de derecho, dos modalidades de la ejecución de la norma, para la realización de los fines del Estado. En un supuesto actúa la administración con poder y de manera unilateral (*acto administrativo*); en otro supuesto requiere la administración contar con el concurso de la iniciativa privada (*contrato*); en cualquier caso la administración actúa siempre, en un Estado de derecho, a través de actos administrativos que están tipificados en la ley y los reglamentos; el mismo contrato se conforma a través de un procedimiento administrativo, hasta culminar en el acto de adjudicación³³¹.

Esa realidad ha llevado a algunos a pensar que los contratos públicos no surgen de un auténtico consentimiento o acuerdo entre las partes, sino de la voluntad unilateral de la administración en el ejercicio de una potestad pública, que requiere la aceptación o disponibilidad del particular para quedar vinculado por el acto administrativo. En ese orden se sostiene por esa tendencia: “*el contrato público no es sino un acto administrativo unilateral en su emisión, necesitado de previa aceptación y contractual en sus efectos*”³³².

³³⁰ Citado por Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit. Pp. 67-69.

³³¹ *Ibidem*, Pp. 67.

³³² Martínez López, José Luis. “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho Español (su fundamento y sus consecuencias)”, en volumen colectivo en homenaje al profesor Marienhoff, Miguel S., Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Debe existir un criterio de distinción para identificar la naturaleza de una relación y calificarla como acto administrativo bilateral o como contrato, en ese sentido: cuando la voluntad de las partes es un elemento esencial para la determinación del supuesto de hecho previsto en la norma, o lo que es igual, cuando la concreción de la norma exige esencialmente la voluntad de la administración y del particular, en ese caso estamos ante un contrato, es decir, cuando existe un grado de participación del sujeto privado en la etapa de formación del acuerdo, de modo que éste exprese sin la más mínima duda, la voluntad de ambas partes; en este supuesto, la voluntad del particular es condición de existencia y validez. Por el contrario: cuando el supuesto de hecho que constituye el contenido del acto está totalmente predeterminado en la norma y lo único que requiere para la aplicación singular es la mera aceptación del destinatario, se está ante un acto o negocio de naturaleza no contractual; en este supuesto, la voluntad es mera condición de eficacia³³³.

5. Autonomía de la voluntad y el contrato estatal

1. Dada la naturaleza, finalidad, y contenido de este principio clásico del contrato privado (capacidad – autonomía), podría sostenerse su incompatibilidad con el derecho administrativo, fundado en el “principio de legalidad”, que conlleva a dar prelación a la actividad administrativa, al concepto de competencia (existencia de mandatos administrativos o legales para que se desarrolle la actividad); de igual manera, la autonomía de la voluntad en términos grandes implica, consagrar una voluntad principal de las partes por encima de la propia ley, la cual adquiere una naturaleza supletoria³³⁴.

Como es de conocimiento, las nociones de capacidad (autonomía) y competencia (imposición – mandato) concretan una de las diferencias fundamentales entre el derecho privado y el derecho administrativo. En el derecho privado (1503 Código Civil.), toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la propia ley declara incapaces³³⁵. Por el contrario, la competencia exige la necesidad de autorizaciones necesarias para que la administración pueda actuar, lo que de conformidad con el principio de legalidad,

³³³ Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. Op, cit, Pp. 73.

³³⁴ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias de 14 de febrero de 2002, rad. 13238; de 12 de diciembre de 2005, rad. 30734, MP. María Elena Giraldo Gómez; de 9 de marzo de 2000, rad. 17333; de 13 de diciembre de 2001, rad. 21301; de 22 de julio de 2002, rad. 22431; de 23 de enero de 2003, rad. 22113 y de 6 de noviembre de 2003, rad. 24432

³³⁵ Señala textualmente el artículo 1503 del Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”.

implica que las entidades públicas no pueden desarrollar actividades no previstas en la ley. En la visión administrativa, solamente existe un marco de discrecionalidad para actuar, cuando la propia ley autoriza a la administración para que elija una alternativa que de todas maneras se encuentra dentro de la propia norma. Sin desconocer lo anterior, la Ley 80 de 1993, bajo los postulados de un régimen jurídico mixto, y de contractualización, consagra al “principio **de autonomía de la voluntad**”, como elemento jurídico fundamental del contrato estatal (artículo 13 Ley 80 de 1993³³⁶).

En términos de orden general la autonomía de la voluntad, significa que frente a la voluntad del legislador, existe la voluntad del hombre para darse su propia ley; lo que se concreta igualmente en: “*la voluntad de las partes es fuente de la obligación de contratar y de interpretación del contrato*”; nadie discute entonces la importancia de este principio en materia del contrato privado, bajo el recto entendimiento de un acuerdo de voluntades, entre individuos libres, capaces de crear derechos y obligaciones³³⁷.

La autonomía de la voluntad implica la “*libertad de contratar*”, que conlleva a: -escoger su contratista – escoger el contrato que mejor se ajuste a sus intereses – igualmente a darle contenido al respectivo contrato; las normas contractuales adquieren una naturaleza supletiva y las partes del contrato solo están limitadas por las normas imperativas o públicas.

De igual manera, esa libertad contractual conlleva a implementar el consensualismo (lo importante es el intercambio de consentimientos y no la forma; que adquiere un papel de orden probatorio y no de validez del contrato); la importancia de la voluntad de los contratantes conlleva a su protección mediante los denominados vicios del consentimiento; y a la supremacía de la voluntad interna sobre la declarada.

El contrapeso a esa libertad contractual, radica en la propia fuerza obligatoria del contrato; en el sentido que una vez celebrado, se constituye en una ley para las partes

³³⁶ “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”

³³⁷ Ojeda Rodríguez, N. (2003). Derecho de Contratos, Tomo 1. La Habana: Editorial Félix Varela.

(1602 Código Civil)³³⁸. Esto significa que las condiciones contractuales no podrían modificarse unilateralmente por una de las partes, ni por el juez del contrato. El papel del juez se concreta en la búsqueda de la común intención de las partes, sin poder revisarla, ni completarla, ni reducirla, aún en caso de desequilibrio.

2. Sin embargo, no puede desconocerse que la igualdad jurídica de las partes con las grandes transformaciones de orden económico se hizo menos real, las transacciones individuales entre personas naturales que negociaban las condiciones contractuales y escogían sus contratistas (paradigma del individualismo) se hizo menos frecuente; la estandarización de los contratos, fruto de los denominados contratos de adhesión, implicó que no se presentara una libre discusión, sino ofrecidos por una parte a otra, sin otra posibilidad que tomarlos o dejarlos; de todas maneras se les reconoció su naturaleza contractual, bajo el argumento que lo esencial no es la libre discusión, sino la intención de obligarse a través de un acto de voluntad; estos aspectos conllevó a lo que denominé “*crisis de la autonomía clásica de la voluntad*”³³⁹.

La voluntad no radicaba en la libertad de contratar, puesto que en los contratos de adhesión, tipo y de condiciones uniformes, hay una oferta masiva de un modelo de contrato; si bien en teoría nadie obliga a celebrar un contrato de esa naturaleza, en la práctica se tornan obligatorios, so pena de quedar al margen de negocios comerciales cotidianos y esenciales³⁴⁰.

Ese desequilibrio entre las partes, conllevó a un mayor intervencionismo y a reglamentaciones, con la finalidad de limitar el poder del más fuerte. La libertad contractual cede bajo los reglamentos impuestos por el Estado.

En este orden de ideas, la verdadera fuerza vinculante del contrato, no surte efecto respecto a cualquier contrato, sino: “*del contrato legalmente celebrado*”. Desde la visión del positivismo (Kelsen) el contrato es obligatorio, en la medida que el ordenamiento

³³⁸ Indica el citado artículo “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

³³⁹ Alterini, Atilio Anibal. Los pilares del contrato moderno. La Ley, 2008 (C), 130. En el mismo autor, La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

³⁴⁰ Benavides, José Luis. El Contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda Edición. 2010. Universidad del Externado. Pp. 104.

jurídico lo considera como hecho creador de derecho; la voluntad no es soberana; esta por el contrario subordinada a la ley; su fuerza jurídica no es original, sino subordinada. Surgió primero como una noción política, para adquirir luego naturaleza jurídica; no es inherente al contrato privado, sino a una concepción ideológica de las relaciones entre los contratantes: Actualmente es concebida, no como un campo de soberanía privada, sino como el espacio de libertad ofrecido a los contratantes según los límites y las reglas del derecho positivo³⁴¹.

5.1. Teorías sobre la prelación de la autonomía de la voluntad y el contrato estatal:

No existe mayor discusión para aceptar que en términos generales, lo esencial para determinar el momento de la formación y el contenido del contrato, es la declaración de la voluntad, la cual en cierto sentido excede la forma en que se exteriorizó; la forma en que se expresó la voluntad resulta accesoria a la intención, siendo no condicionante del contrato y por ello, puede ser desconocida o modificada, en los casos en que haya una inconformidad con el querer psicológico³⁴².

La cuestión surge cuando hay disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad externa, siempre que ello no se origine en un vicio de consentimiento, sino en un hecho involuntario de una de las partes³⁴³.

³⁴¹ *Ibidem*, Pp. 107 y ss.

³⁴² Garibotto, Juan Carlos. *Teoría del Acto Jurídico*. Ediciones Depalma, 1991, Pp. 53 – Resigno Pietro. *Apuntes sobre la autonomía Negocial*. Pp. 101. En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1618 señala: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Ahora, doctrinalmente se ha aceptado que se trata de la “intención común” y no “individual de los contratantes”; se considera que frente al contrato estatal regido por las normas de derecho privado, debe prevalecer la teoría de la voluntad declarada, habida cuenta que el contrato estatal sí exige para su perfeccionamiento y validez (no solamente como marco de prueba) la forma escrita.

³⁴³ Hinestroza, Fernando. *Derecho civil. Obligaciones Primera Edición*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1969. Pp. 218. Tratándose de los vicios del consentimiento (dolo – fuerza) se acude a la invalidez del acto negocial, habida cuenta que la exteriorización de la voluntad no fue libre; respecto al error, no existe propiamente voluntad, por cuanto lo que existe en una inadecuada o mala percepción de la realidad, de una de las partes, respeto a los sujetos, objeto, contenido o naturaleza del contrato, situación que igualmente conduce a la nulidad del vínculo negocial; sin perjuicio de la eventual responsabilidad precontractual que pueda derivarse de un actuar contrario a la buena fe. Cuestión diferente se presenta respecto a la reserva mental, por cuanto si bien existe una disconformidad en la voluntad interna y externa, lo cierto es que en este caso, la parte afectada es consciente de la situación y a pesar de ello, permite que su contraparte actúe, en consecuencia, la reserva mental es castigada con la ausencia de efectos jurídicos, y por consiguiente, se mantiene la validez del negocio jurídico celebrado, todo en aplicación del principio de la buena fe y la protección de la libertad negocial

Para resolver la anterior cuestión (voluntad interna difiere de la voluntad exteriorizada), se originaron a efectos de dar prelación a una de las voluntades, diversas teorías:

- a) La teoría psicológica o de la voluntad interna** (la interpretación del negocio jurídico consiste, fundamentalmente, en desentrañar el sentido y alcance de lo realmente deseado por los sujetos vinculados en el contrato)³⁴⁴; en nuestra codificación civil, se dio cabida a esta teoría, al establecer la preponderancia de la voluntad psicológica, sobre la declarada, al punto que el art. 1608 del Código Civil, consagró que “*conocida la intención de los contratantes debe estarse a ella, más que a lo literal de las palabras*”.
- b) La teoría de la manifestación:** (lo que debe interesar al mundo jurídico, es la declaración dada a conocer a los demás, al margen de cuál haya sido el elemento psicológico que las condujo a ello. La interpretación del negocio jurídico, propugna por desentrañar la voluntad de las partes vinculadas contractualmente, pero sin caer en criterios psicológicos o voluntaristas, sino por medio de una evaluación, de las circunstancias que rodean la celebración del contrato, entre ellas, morales, sociales y económicas, teniendo en cuenta lo que razonablemente consideraron las partes³⁴⁵); esta teoría de la manifestación o de la declaración, tiene igualmente recibo en nuestro derecho nacional, por cuanto los artículos 1619 y 1620, 1621 y 1622 del Código Civil³⁴⁶, que regulan los criterios de interpretación de los contratos, va más allá, de la voluntad de las partes, como pauta hermenéutica, para reconocer, que las palabras, la tipología del contrato y su

³⁴⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte General. Rubinsal – Culzoni Editoriales. 2004, Pp. 475.

³⁴⁵ Geny, Francisco. La interpretación jurídica. Métodos y fuentes del Derecho Privado, Bogotá, Editorial. Leyer, 2007. p. 453.

³⁴⁶ “Artículo 1619. *Limitaciones Del Contrato A Su Materia*. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

Artículo 1620. *Preferencia Del Sentido Que Produce Efectos*. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Artículo 1621. *Interpretación Por La Naturaleza Del Contrato*. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen.

Artículo 1622. *Interpretaciones Sistemática, Por Comparación Y Por Aplicación Práctica*. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

contexto, sirven para comprender el alcance del vínculo contractual, como factores objetivos³⁴⁷.

c) Teorías Eclécticas: entre otras se pueden señalar: **(i)** la teoría de la autoresponsabilidad y principio de la confianza legítima: se parte por reconocer que la voluntad interna, tiene un mayor nivel de preponderancia, aunque excepcionalmente aceptan la teoría de la manifestación para casos concretos³⁴⁸; la confianza permite dar prevalencia, a la voluntad manifestada sobre la interna, en los eventos en que el emisor de la misma debió haber actuado con cuidado, y previsión; en ese evento es deber de proteger a las personas que confiaron en la actuación del sujeto que manifestó su voluntad, en cuanto hubieran actuado de buena fe³⁴⁹). **(ii)** Otra teoría, se relaciona con la presunción de la voluntad real: A partir de la voluntad declarada (bajo esta concepción se sostiene, que al manifestarse la voluntad, se presume que la misma corresponde con el deseo interior, como es lo normal o esperable de cualquier persona diligente; aunque se permite, que el emisor, puede desvirtuar dicha presunción, y demostrar que existe una disconformidad entre su voluntad real y la declarada). **(iii)** Así mismo en contraposición a la anterior se ha planteado, la preponderancia de la declaración externa, con injerencia de la declaración interna (se sostiene que no es posible establecer una subordinación de un criterio sobre otro, pero debe darse preferencia, a la exteriorización, por corresponder al comportamiento que es perceptible por la contraparte y, por ende, al cual ajusta su actuar³⁵⁰) y, **(iv)** finalmente la teoría de la libertad de configuración (bajo esta teoría se concluye, que la prevalencia de la voluntad, o de la declaración, es un asunto que está sometido exclusivamente a la determinación política del Estado, por cuanto: “*el orden jurídico, puede dar más peso a formulación externa que la voluntad efectiva*”. La solución de este

³⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de septiembre de 2000, MP. José Fernando Ramírez Gómez.

³⁴⁸ Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos, Primera Edición, Buenos Aires, Editorial. Rubinzal-Culzoni, 1995, Pág. 127. En los eventos en que la divergencia de la voluntad, se originó en un hecho que le es imputable al emisor; aquí el emisor queda atado al acto de exteriorización, no precisamente a título de voluntad, sino a título de responsabilidad por su error de conducta.

³⁴⁹ Garibotto, Juan Carlos. Teoría General del Acto Jurídico. Op, cit Pp. 55.

³⁵⁰ Alterini, Atilio Anibal. Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General. 1998. Abeledo – Perrot. 1998. Pp. 201.

problema depende, de los principios jurídicos - políticos, que determinan al legislador; el ideal de la seguridad de las transacciones puede conducir a una solución, mientras que el ideal de la seguridad individual, puede llevar a otra. Obsérvese que se pone la esencia en las propias reglas que establezca el legislador conforme a la norma fundamental, las cuales serán las encargadas de definir el número o mayor o menor peso de la voluntad psicológica y de la exteriorizada, lo que necesariamente dependerá de la admisión de la teoría racionalista de la teoría de la voluntad, o de la teoría objetiva³⁵¹).

El contrato estatal, tiene unos propios fines como se dejó indicado con anterioridad y expresamente consagrados, se reitera, en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993; fines que son de naturaleza estatal y se relacionan con lo normado en el artículo 2³⁵² y 209³⁵³ de la Constitución Política; de igual manera la celebración del contrato estatal implica la continua y eficiente prestación de los servicios públicos (artículo 365 constitucional) y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Por su parte, los particulares, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones³⁵⁴.

De igual manera, debe recordarse que respecto a la interpretación de las reglas contractuales, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 expresamente consagra que se tendrán en consideración: los fines y principios de que trata la ley, los mandatos

³⁵¹ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducción de la Segunda Edición en alemán por Roberto J. Vermengo, México. 1982. Pp 213 - 282.

³⁵² "Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

³⁵³ "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

³⁵⁴ Ver Artículo 3 de la Ley 80 de 1993. Resaltando que si bien, en el contenido original del artículo se consagraba que en materia de obtención de utilidades por la celebración del contrato, tenía una protección garantizada por el Estado, este aparte fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

de la buena fé, la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Por lo anterior la problemática relacionada con la teoría de la voluntad interna o declarada, no es de recibo respecto a la interpretación del contrato estatal, por cuanto la voluntad que lo rige no es voluntarista (la intención de las partes) sino legal y teleológica (el fin del contrato; el mejor servicio público; en todo contrato administrativo hay un tercero: la sociedad, el público).

d) La teoría racionalista de la voluntad (le concede al “*pacta sunt servanda*”, la condición de un derecho objetivo, bajo la consideración que la autonomía de los sujetos, conlleva a la posibilidad de autolimitarse e imponerse reglas, las que, una vez nacen a la vida jurídica, resulta imperativas, pues la contraparte tiene la confianza que así, se procederá³⁵⁵. - Desde la visión de la teoría normativista, se llegó a considerar, que el carácter imperativo del contrato, es decir, su fuerza obligatoria, no se reconocerá como un valor derivado de la palabra empeñada en virtud del contrato, sino, que depende de lo que señale el ordenamiento jurídico en esa materia³⁵⁶.

e) La teoría solidarista³⁵⁷, relativiza el principio del “*pacta sunt servanda*”, al admitirse que puede modificarse o desconocerse, lo que las partes hubieran

³⁵⁵ Alexandri Rodríguez, Arturo. De los Contratos. Jurídica de Chile. 2004. Pp. 16.

³⁵⁶ Ramírez Baquero Edgar Augusto. El contenido, elemento del contrato. En, Mantilla Espinos Fabricio y Ternera. Los contratos del derecho privado, Bogotá, Ed. Legis y Universidad del Rosario. 2007. Pp. 189, señala “*sin el acompañamiento o sanción del orden jurídico, no podrá imponerse coactivamente en contra del sujeto negocial, que voluntariamente no lo actúe, lo cual significa, que el sistema jurídico, es necesario complemento, porque solo con su presencia o intervención, estas reglas asume el estatus de precepto jurídico*”

³⁵⁷ Los principios UNIDROIT en su artículo 1.3. establece precisamente, que los contratos celebrados válidamente tienen carácter obligatorio para las partes, y solo podrán ser modificados de acuerdo con las estipulaciones contractuales, el acuerdo de las partes o las reglas de los principios. En su artículo 1.7 dispone que la buena fe, y la libertad negocial, son de imperativa aplicación; en virtud de lo cual se reconoce la prohibición del abuso del derecho, cuando en una relación contractual se busca dañar a la contraparte, o, se ejerce un derecho de fonda desproporcionada al resultado originalmente esperado; igualmente en su artículo 5.1.2. consagra que los contratos existen obligaciones implícitas derivadas de la naturaleza y finalidad del contrato, los usos y prácticas de las partes, el sentido común, la buena fe y la lealtad negocial. De igual manera, los artículos 6.2.1. y 6.2.2. de los mencionados principios, reconocen el principio de la excesiva onerosidad, cuando en la ejecución de un contrato, para una parte resulta excesiva el cumplimiento de sus obligaciones, frente a los beneficios, considerando el aumento en el costo o la disminución de su valor, originada en acontecimientos o eventos inciertos posteriores a la celebración del contrato. Por otro lado, el Código de los Contratos de la Academia IUS PRIVATISTA EUROPEA (Código de Pabia), en su artículo 42 reconoce la fuerza vinculante del contrato entre las partes, bajo la consideración que sus efectos se derivan, no solo de la estipulación contractual, sino de las disposiciones legales, la buena fe y los usos, la equidad (artículo 44), por lo que se va mucho más allá del “*pacta sunt servanda*”; de hecho el artículo 157 consagra el principio de renegociación de contratos, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles.

preceptuado, por situaciones de abuso del derecho o imprevisión; o igualmente que el contrato se integra, con obligaciones no pactadas, que surgen del principio de la buena fe; el denominado poder furigéno (original o derivado), resulta entonces limitado, por razones de orden moral, que imponen restricciones a las partes, con nuevos deberes que les resultan imperativos para garantizar un mínimo de equilibrio en la relación negocial.

- f) **La normativa colombiana**, reconoce el principio “*pacta sunt servanda*” cuando consagra en el artículo 1602 del Código Civil, “todo contrato legalmente celebrado, es una ley para los contratantes”; sin embargo, se reconoce reglas como la teoría de la imprevisión, la prohibición de abuso del derecho, o la aplicación de la buena fe, en toda la ejecución contractual³⁵⁸. De igual manera desde el punto de vista del Código de Comercio (artículo 830³⁵⁹, 863³⁶⁰, 868³⁶¹) se consagraron expresamente figuras propias de la teoría solidaristas, como el deber de indemnizar los perjuicios por el abuso del derecho, la obligación de actuar de buena fe, en el periodo pre-contractual, la posibilidad de pedir la revisión del contrato, por cambio del contrato en las condiciones del mismo; quedando claro entonces, que el “*pacta sunt servanda*” tiene límites, y puede ser modificado en casos excepcionales.
- g) Por último no puede perderse de vista el momento en que el contrato estatal puede entenderse como perfeccionado³⁶²; lo anterior por cuanto, el artículo 41 de

Finalmente, de los principios del Derecho europeo de contratos (art. 6.1.11), se evidencia como se establece como regla general, el deber de cumplir lo pactado, pero también permite que cuando ella sea obsesivamente oneroso por hechos posteriores al contrato, pueda exigirse una adaptación del mismo, para distribuir de forma justa o equitativa las pérdidas o ganancias, limitando de esta manera el “*pacta sunt servanda*”.

³⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, expediente n.º 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P. William Namén Vargas

³⁵⁹ “Artículo 830. Abuso del Derecho-Indemnización de Perjuicios. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

³⁶⁰ “Artículo 863. Buena Fe en el Periodo Precontractual. Las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

³⁶¹ “Artículo 868. Revisión del Contrato por Circunstancias Extraordinarias. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”

³⁶² El perfeccionamiento del contrato estatal en el Decreto 150 de 27 de enero de 1976 y el Decreto 222 de 2 febrero de 1983, tenían los mismos presupuestos jurídicos, relacionados con la “[...]ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas;

la Ley 80 de 1993 consagra: “los contratos estatales se *perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”³⁶³.

De esta manera el contrato estatal para su *existencia y validez* requiere el cumplimiento de unas formalidades *ad solemnitatem o ad sustancian actus*, que consiste en la obligación de realizar procedimiento para la escogencia de la propuesta más favorable, cuya omisión genera la nulidad absoluta del negocio jurídico, por violación de las normas imperativas de derecho público.

Bajo esa perspectiva, es importante señalar que si bien, por regla general el contrato se rige bajo el principio de la consensualidad, y en algunos eventos el legislador exige formalidades o solemnidades indispensables para la existencia y eficacia del acto jurídico; esto ocurre precisamente en el contrato estatal, por cuanto es un requisito de existencia que el contrato conste por escrito³⁶⁴ salvo las excepciones establecidas en la Ley como ocurre en la urgencia manifiesta³⁶⁵.

y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestos, si hay lugar a él, o una vez suscritos[...]” (Artículo 39 de la Ley 80 de 1993. Del perfeccionamiento de los contratos. Salvo disposición en contrario, los contratos que celebre la Nación se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas que se constituyan conforme al presente Estatuto; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos”) y “Artículo 51. Del Perfeccionamiento de los Contratos. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se en tienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestos, si hay lugar a él, o una vez suscritos”. Respectivamente.

³⁶³ Ver Consejo de Estado; Sección Tercera-Subsección B; Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth; treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014); Radicación:250002326000200101531 01.

³⁶⁴Ver entre otras sentencias: Consejo de Estado; Sección Tercera -Subsección B; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; 20 de febrero de 2014; Radicación No. 700012331000199706354 01; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014); Radicación: 250002326000199902858 01; Sección Tercera; Subsección C; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; (13) de junio de dos mil trece (2013); Radicación:17001-23-31-000-2000-00001-01 (23.730); Consejo De Estado; Sección Tercera -Subsección B; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; 28 de febrero de 2013; Radicación n°:250002326000200000732 01; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; marzo siete (7) de dos mil doce (2012); Radicación: 7300123310001998001405-01; Sección Tercera - Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; marzo siete (7) de dos mil doce (2012); Radicación: 7300123310001998001405-01; Sección Tercera; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009); RADICACIÓN:850012331000199800066 01; Sección Tercera; Consejero: Ponente: Enrique Gil Botero; veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009); No. interno:29.699; Radicación número: 250002326000200301686 0; Consejo De Estado; Sección Tercera; Consejero: Ponente: Enrique Gil Botero; veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009); Radicación número: 250002326000200301686 0; Sección Tercera; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008); Proceso número:7000123310001997630301. Sección Tercera; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007); Radicación número: 23001233100019990848301 (16852); Sección Tercera; Consejero Ponente: Saavedra Becerra, Ramiro; 7 de junio de 2007; Expediente: 14669. Sección Tercera; diecisiete (17) de julio de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra; Expediente No.: 52001-23-31-000-1995-07018-01.

³⁶⁵ El artículo 39 de la Ley 80 de 1993, dispone que "(...) En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de

Es claro entonces que la voluntad administrativa no está constituida según el modelo del negocio privado, no es una voluntad natural o psicológica, sino procedimental; esto es, el resultado de una secuencia de actos de diversas unidades y órganos administrativos, cada uno de los cuales aporta juicios, valoraciones y opiniones. La voluntad en el acto administrativo, con frecuencia, se limita a un poder de elección entre alternativas contenidas en las normas jurídicas, que le confieren, como nota específica, la tipicidad, en cuanto la decisión administrativa se encuentra prefijada en el ordenamiento.

En este orden de ideas, tampoco puede perderse de vista que tanto la voluntad de la administración como la de los contratistas, a efectos de las relaciones contractuales, tiene como fuente el denominado "*procedimiento administrativo contractual*", que en términos de orden general se inicia con un acto administrativo (pliego de condiciones) y culmina con otro acto administrativo (acto de adjudicación); esas dos decisiones administrativas, con posterioridad se "*formalizan*" mediante lo que se ha denominado el contrato administrativo y actualmente el contrato estatal.

Ese procedimiento administrativo contractual, mediante el cual se constituye la denominada "*voluntad contractual*", conlleva que por regla general los conflictos jurídicos, se reducen a un control de legalidad de los diferentes actos administrativos, proferidos dentro de la denominada "*actividad contractual*": actos administrativos separables del contrato – actos administrativos contractuales – actos administrativos post-contractuales.

Lo anterior significa que a pesar de la consagración normativa, de la noción de "*contrato estatal*", habida cuenta de la existencia de un procedimiento administrativo contractual, que termina con el denominado acto administrativo de "*adjudicación*", donde se concreta no solamente la selección del contratista, sino las diversas reglas contractuales (objeto, plazo, precio y demás), cobra real importancia esta temática, por cuanto en principio nuestro acercamiento a la doctrina del contrato estatal, parece ser más formal que real³⁶⁶.

la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de autorización impartida por la entidad estatal contratante".

³⁶⁶ En referencia a este tema, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera: fallos: 26 de abril 2006, exp. 16041; y sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 19936.

De igual manera, procede indicar que esa tradición del “*contrato estatal*” y no del “*acto administrativo*”, como fuente jurídica de la relación contractual, no es absoluta, lo anterior por cuanto a nivel jurisprudencial se ha aceptado en casos determinados, la tesis contraria es decir, que el fundamento jurídico es el acto administrativo; como se sostiene en relación con el denominado “*contrato de concesión portuaria*”³⁶⁷, obsérvese:

“Advierte la sala que de acuerdo con las prescripciones de la Ley 1 de 1991, la aprobación de la concesión portuaria se realiza por el Superintendente General de Puertos por medio de resolución “en la que se indicará los términos en los que otorgará la concesión. Tales términos incluirán los plazo, las contraprestaciones, las garantías y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya de otorgarse la concesión” (art.12).

Esta regulación legal armoniza con lo dicho por el (sic) el a-quo, cuando en el auto apelado precisó que “dicho acto unilateral debe considerarse como el acto jurídico estatal contentivo del contrato de la concesión portuaria.”

En estas condiciones, es claro que las (sic) obligación que adquirió la sociedad demandada tienen su origen en una relación contractual con el Estado. Ya la sala al examinar la licencia que reciben del Estado los operadores para la prestación de un servicio público, (similar a lo que sucede con los operadores portuarios a los cuales se les otorga la concesión por medio de resolución motivada), precisó que “es claro que aquella genera consecuencias bilaterales que involucran intereses del solicitante de la misma y del Estado otorgante, por lo que puede decirse que se trata de “un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público” del que se desprenden una serie de derechos y obligaciones y mutuas contraprestaciones que más se parecen a una relación contractual.”

³⁶⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Auto del 5 de noviembre de 1998, expediente 14.490.

Lo anterior se ajusta a la definición legal de contrato estatal, en tanto se tiene por tales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto” (art. 32 Ley 80 de 1993).³⁶⁸

Se quiere resaltar, que de conformidad con el concepto de contrato estatal contenido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “ *Son contratos estatales todos los **actos** jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad*”; la noción de contrato estatal está fundada en la categoría jurídica de “Acto Jurídico” y no en la noción particular y específica de “contrato”.

Por otro lado, en relación con la materialización de la voluntad cuando media un procedimiento de selección, el H Consejo de Estado ha planteado una distinción relacionada con los efectos jurídicos del acto de adjudicación, fundamentada en el régimen jurídico de selección del contratista, sosteniendo que: “*en los regímenes contractuales exceptuados de la Ley 80 de 1993, y con mayor razón los regidos por el derecho privado puro -que en la actualidad no existen, por lo que dispone el art. 13 de la ley 1150 de 2007-, el acto de escogencia de la mejor oferta no sólo adjudica el contrato sino que hace surgir el negocio jurídico, pues no existe norma, como en la Ley 80 de 1993, que exija formalidad especial, salvo excepciones -como los negocios sobre inmuebles-. Esto significa que, a diferencia de la escogencia del contratista en la Ley 80, donde se produce un acto de adjudicación previo, que es independiente del contrato que luego se suscribirá, denominado acto definitivo del proceso de selección, porque lo concluye, y que además es previo al contrato, porque existe antes de su perfeccionamiento; en las entidades no regidas por la Ley 80 el acto de escogencia de la mejor oferta, es decir del contratista, no es previo al contrato, aunque sí es definitivo en relación con el proceso de selección, porque hace surgir el contrato, ya que equivale a la aceptación de la oferta³⁶⁹.*

³⁶⁸Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; quince (15) de agosto de dos mil dos (2002); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-3599-01(13862).

³⁶⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014); Radicación:25000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083)

Por último es importante, recordar con base en la jurisprudencia de nuestro H. Consejo de Estado, las limitantes, que tiene el principio de la autonomía de voluntad en relación con la Ley 80 de 1993), los cuales son los siguientes: a) los procesos de selección (artículo 30); b) los medios coercitivos para el cumplimiento del objeto contractual (artículos 14 a 17); c) la potestad para decretar la caducidad (artículo 18); d) la potestad de terminar unilateralmente el contrato (artículo 17); e) la reversión de los elementos y bienes directamente afectados a un contrato de explotación o de concesión de bienes estatales (artículo 19); f) la solemnidad del contrato estatal (artículos 39 y 41); g) la posibilidad de dar por terminado unilateralmente el contrato cuando medie una de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 ; h) la liquidación unilateral del contrato (artículo 61) y, i) la posibilidad de expedir actos administrativos como manifestación de la conducta contractual de la entidad contratante y la normatividad aplicable a las actuaciones administrativas contractuales (artículo 77)³⁷⁰.

6. Las discusiones relacionadas con la teoría dual o unitaria de la actividad contractual pública.

a). Como se dejó indicado en el acápite anterior, los sistemas que aceptaron la figura del contrato administrativo (como el nuestro), han optado por acudir a diversos criterios para tipificar positivamente al contrato administrativo: (i). Se acudió al criterio subjetivo (pero la presencia de la administración no basta para calificar como administrativo al contrato; igualmente celebra contratos bajo el régimen privado); (ii) al criterio jurisdiccional (pero la jurisdicción es la consecuencia no la causa de ser del contrato administrativo); (iii) al criterio de la cláusula exorbitante al derecho común, bajo el entendido que serían ilícitas en un contrato privado (pero igualmente es confundir causa con consecuencia; un contrato no es administrativo por incorporar cláusulas exorbitantes, sino que incorpora esas cláusulas precisamente por ser administrativo), (iv) en la historia reciente se ha venido aceptando un criterio sustancial: *“Un contrato es administrativo cuando se celebra por el Estado en ejercicio de la funciones públicas que le competen y con el propósito de*

³⁷⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección “B”; Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero; veintinueve (29) de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00038-00 (39.040).

satisfacer necesidades de ese mismo carácter”; esa finalidad, es la sustantividad del contrato administrativo³⁷¹.

b). El contrato administrativo clásico es una expresión de la concepción ideológica del Estado intervencionista que guía, orienta y decide de manera unilateral. El Estado es el protector del interés general y ello legitima sus prerrogativas. Por eso el contrato administrativo se define como el instrumento a través del cual la administración contratante obtiene la colaboración de un particular subordinado, bajo amenaza de fuertes sanciones; la dirección y control reposan sobre la protección del interés general, reduciendo los elementos contractuales de la relación jurídica (por ello la tendencia de ver al contrato administrativo como un acto administrativo de naturaleza bilateral)³⁷².

c). Nuestro ordenamiento jurídico no ha sido ajeno a esa controversia y con fundamento en el Decreto – Ley 222 de 1983, acogió la tesis de la “dualidad del contrato”, es decir: la existencia del contrato administrativo y del contrato de derecho privado de la administración: (acudiendo al criterio de la ley para definir el contrato administrativo – el régimen jurídico, público o privado se aplicaba según la naturaleza del contrato – el control jurisdiccional dual, igualmente dependía de esa distinción del contrato)³⁷³

d). Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993³⁷⁴ (sin desconocer la Ley 1150/2007³⁷⁵; Ley 1474/2011³⁷⁶; Ley 1563/2012³⁷⁷; Ley 1508/2012³⁷⁸), nuestro

³⁷¹ Cfr. Cassagne Juan Carlos. (Director) Tratado General de los Contratos Públicos. tomo I. 1ª edición. Editorial La Ley, 2013.Pp. 4. y Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1961. Pp. 36-37.

³⁷² Benavides, José Luis. El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2º edición, 2002-2004. Pp.27.

³⁷³ Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 16. “Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE. 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales. Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad. Parágrafo. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia”.

³⁷⁴ Régimen de la Contratación Estatal.

³⁷⁵ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

³⁷⁶ Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

³⁷⁷ Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

³⁷⁸ Por medio de la cual se establece el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

ordenamiento dio un viraje respecto a esta temática, que se puede concretar de la siguiente manera:

- Consagra el denominado “Contrato Estatal”: entendido como: *“cualquier acto jurídico generador de obligaciones, previstos en el derecho privado,- en disposiciones especiales,- o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”* (no elimina en estricto sentido la anterior dualidad contractual, en el sentido de aceptar la tesis única del contrato de derecho privado, como relación negocial aplicable igualmente a la administración)³⁷⁹.
- Asigna a ese contrato estatal un “régimen jurídico mixto”; bajo el entendimiento que de no ser aplicables las normas especiales o públicas consagradas en el estatuto de la contratación, deben aplicarse las normas de derecho privado (civiles – comerciales)³⁸⁰.
- Acude al criterio subjetivo u orgánico para identificar al contrato estatal; igualmente al criterio legal enunciativo, para señalar expresamente unos determinados contratos estatales, a los cuales se les aplica las normas especiales de la contratación pública (contrato de obra – contrato de consultoría – prestación de servicios – concesión –encargos fiduciarios- fiducia pública -); del mismo modo bajo el criterio legal, de manera expresa excluye de la aplicación del régimen especial de contratación pública a *“los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal”*. En materia de control jurisdiccional, permite: control ante la jurisdicción contenciosa administrativa (art, 75³⁸¹) – control ante la jurisdicción ordinaria (las controversias sobre contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o de

³⁷⁹ Entrena Cuesta, Rafael, «Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración», Revista de Administración Pública, Nº 42, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 64, cita en su apoyo las opiniones de García de Enterría, Pequignot, García Trevijano Fos y Laubadère (nota 72)

³⁸⁰ Dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, lo siguiente: “...Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley...”.

³⁸¹ “Artículo 75. Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”.

valores, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades; artículo 105³⁸² del CPACA.) - control arbitral (69, 74, Ley 80 de 1993; - Ley 1563 de 2012).

e). La Ley 80 de 1993, se funda en los conceptos de: eficacia – desreglamentación – y flexibilidad, que conlleva la concepción anglosajona de la administración, y empieza la ruptura con la influencia del modelo clásico del contrato administrativo francés. La gestión contractual es una alternativa de la gestión pública frente al extremo de la privatización y la gestión directa. Ofrece la ventaja de permitir la participación del sector privado, sin que la administración pierda el control de la actividad.

Se ha venido sosteniendo que la incorporación del concepto de “*contrato estatal*”, conllevó: (i). La eliminación en nuestro ordenamiento jurídico de la noción binaria de contrato administrativo y contrato de derecho privado de la administración; (ii). La contratación de la administración, se fundamenta en la “*teoría general del contrato privado*” (aplicación de las normas civiles y comerciales – y el principio de autonomía de la voluntad); (iii). No existe un régimen jurídico general, ni único que regule la actividad contractual de las entidades estatales (la Ley 80 de 1993, consagra dos clases de contrato estatal: los contratos estatales propiamente dichos, regidos por la propia Ley 80 de 1993 y los contratos estatales especiales, (regidos por el derecho privado o disposiciones especiales³⁸³), (iv) Un control de legalidad unificado en la jurisdicción contenciosa administrativa, respecto a las controversias causadas en la actividad contractual estatal, (v) El abandono de la *concepción tradicional que las autoridades*

³⁸² “Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos. 2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado. 3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. 4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales”

³⁸³ Regímenes especiales consagrados en la propia ley 80 de 1993: contratación sector telecomunicaciones (art, 33); - contratos del sector financiero público (parágrafo artículo 32); - los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales (art, 76); - contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito; o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales (art, 13); coexisten regímenes de derecho privado, consagrados en leyes especiales: ley 30/92 (contratación universidades públicas); - ley 100/93 (sistema de seguridad social);- Ley 142/94 (servicios públicos domiciliarios); - Ley 143/94 (sector eléctrico)

administrativas solo pueden hacer lo que la ley y el reglamento expresamente autoricen; para indicar que todo está permitido, con base en el principio de la “autonomía de la voluntad, que fundamenta al denominado contrato estatal, salvo lo expresamente prohibido”³⁸⁴.

6.1. El concepto de “contrato estatal” conllevó que nuestro ordenamiento jurídico se ubicara en la tendencia de la tesis unitaria del contrato?

Partiendo de aceptar que la tesis unitaria del contrato, se fundamenta en el sistema jurídico de la universalidad de la ley y de alguna manera en la no aceptación de la doble jurisdicción, en el sentido de consagrar solamente el contrato de derecho privado independientemente de quien lo celebre; se considera que nuestro ordenamiento continúa bajo la tesis dual y no unitaria en materia de contratación pública. Lo anterior por cuanto:

a). En estricto sentido, a todos los “*contratos estatales*” (independientemente de la preponderancia del régimen jurídico) se les aplican normas de derecho público; cualquier contrato estatal, debe respetar el contenido del artículo 3³⁸⁵ de la Ley 80 de 1993, relacionado con la “*finalidad de la contratación estatal*”.

b). De igual manera, la actividad contractual desarrollada por aquellas entidades estatales que cuentan con un “*régimen excepcional*” (es decir, diferente al contenido en el estatuto general de contratación), deben aplicar los principios de la función administrativa (209³⁸⁶ constitucional) y los de la gestión fiscal (267³⁸⁷ constitucional).

³⁸⁴ Benavides, José Luis. El Contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda Edición. 2010. Universidad del Externado. Pp. 69-85.

³⁸⁵ “Artículo 3º.- *De los Fines de la Contratación Estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007”.

³⁸⁶ “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

³⁸⁷ “Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

c). Por consiguiente, a pesar de la motivación de la Ley 80 de 1993, de eliminar la concepción dual del contrato, si bien se unificó formalmente su denominación, al aceptar un régimen público, con prerrogativas de esa naturaleza, continuamos en la corriente doctrinal de la tesis dual del contrato celebrado por las entidades públicas; precisando que esta nueva concepción del contrato estatal surte consecuencias diferentes respecto a la anterior concepción dual de contrato administrativo y contrato de derecho privado de la administración.

7. El régimen jurídico del contrato estatal: derecho privado – derecho público?

a). Obsérvese que de alguna manera, nuestro ordenamiento jurídico, acepta un criterio sustancial y abandona los criterios adjetivos o formales, para identificar al denominado contrato estatal, al consagrar expresamente: “ *Que la celebración y la propia ejecución de la contratación estatal, busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de lo derechos e intereses de quienes colaboran en la consecución de esos fines*” (artículo 3 Ley 80 de 1993).

b). En este orden de ideas, al venir aceptándose la teoría contractualista (no la del acto administrativo bilateral), debe resaltarse que la contratación estatal, si bien se fundamenta en un “**acuerdo de voluntades**”, se caracteriza por: (i) Perseguir una finalidad inmediata de interés público - (ii). Contener un régimen típico de derecho administrativo con prerrogativas de poder público – (iii). Un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, igualdad, concurrencia; independientemente del régimen jurídico sustancial preponderante³⁸⁸.

c). El contrato estatal encierra una doble finalidad: desarrollar las cuestiones públicas y obtener beneficios. La Ley 80 de 1993, pretende el cumplimiento de esos objetivos a través de: (i) establecer principios que guían la actividad contractual; (ii) la consagración

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”.

³⁸⁸ Cassagne Juan Carlos. (Director) Tratado General de los Contratos Públicos. Op, cit, Pp. 4.

de un régimen jurídico mixto; (iii) mecanismos de control que deben garantizar el respeto de las finalidades.

d). Por lo anterior, el problema no radica en “justificar o no una igualdad” entre la parte contratante y la entidad estatal, (esa igualdad no existe ni en el contrato privado clásico), sino en aceptar que las prerrogativas públicas no existen para privilegiar a un determinado sujeto de derecho (administración pública), sino para proteger el denominado interés general, interés público. En el estado actual de la teoría contractual, (privado – público) lo fundamental no es la igualdad, sino la libertad de las partes para entrar en él, que es total para el contratista³⁸⁹.

e). La consagración de un régimen jurídico mixto, se fundamenta según la Ley 80 de 1993, en que no toda la actividad de las “*entidades estatales*” se relaciona con la finalidad del interés general o público; aceptando en consecuencia: Un régimen público aplicable a la administración desde la visión subjetiva; como no siempre ese sujeto estatal, desarrolla actividades de interés general, acepta para ese tipo de actividades un régimen especial o excepcional.

Lo anterior justifica que en la actividad contractual estatal: **(i)** Desde la visión sustancial: el régimen jurídico contractual, no depende del régimen jurídico de la entidad estatal, sino de la actividad, del tipo de contrato. Por consiguiente los contratos típicamente estatales (art 32 Ley 80 de 1993³⁹⁰), se regulan por el estatuto general y no por leyes especiales, independientemente de la entidad que los celebra. **(ii)** todo el procedimiento de conformación de la voluntad y habilitación del gasto es siempre derecho administrativo, aun cuando el contrato no se rija por el estatuto general de la contratación; **(iii)**. Desde la visión procesal, corresponde por regla general, a la jurisdicción contenciosa administrativa asumir el conocimiento de los contratos estatales, independientemente de su régimen jurídico. Sin desconocer lo anterior, hay que resaltar que igualmente coexisten contratos que expresamente están excluidos de la Ley 80 de 1993: a).

³⁸⁹ Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 36-37.

³⁹⁰ Señala el artículo 32” Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”

Contratos de instituciones financieras (se trata de un campo comercial), b). Contratos de empréstitos públicos (intervención de organismos de crédito internacional, imponen una regulación particular; implica la aplicación de leyes extranjeras, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, consagra esas reglas de territorialidad³⁹¹), c).contratos con organismos internacionales (relacionado con los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales), d). Contratos del Banco de la República (salvo los contratos con otra entidad pública, todos los contratos estarán sujetos al derecho privado; art 371³⁹² constitucional – art 53³⁹³ Ley 31 de 1992), e). Contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro (art 355 constitucional³⁹⁴; Decreto 092 de 2017³⁹⁵).

f). Con fundamento en la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y dada la consagración del denominado régimen mixto, la controversia radicaba en qué normas eran de naturaleza principal y cuales supletorias (privadas – públicas); para algunos con base en el principio de autonomía de la voluntad, venían sosteniendo que el derecho privado se convierte en el régimen común del contrato estatal, lo anterior bajo una determinada interpretación del artículo 13 de la citada ley³⁹⁶, en el sentido que: la regla principal es aplicar las normas civiles y comerciales correspondientes, salvo en las materias particularmente reguladas por la Ley 80. El derecho público se aplica por vía de excepción; situación que desarrolla el principio de autonomía de la voluntad de las partes, aplicable al contrato estatal.

³⁹¹ “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia”

³⁹² “El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”

³⁹³ “Artículo 53. Naturaleza de los Títulos del Banco de la República. Los títulos que por disposición de la Junta Directiva del Banco emita con el objeto de regular el mercado monetario o cambiario, tienen el carácter de títulos valores y se consideran inscritos tanto en la Superintendencia Nacional de Valores como en las Bolsas de Valores y las ofertas públicas correspondientes no requerirán autorización de ninguna otra autoridad. Tales títulos se regirán por las disposiciones generales que dicte la Junta Directiva y en los casos no previstos por ellas, por las contenidas en el Código del Comercio”.

³⁹⁴ “Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

³⁹⁵ “Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”.

³⁹⁶ “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley...”.

Sin embargo se considera que tal controversia se resolvió por la H. Corte Constitucional al indicar que si bien, el legislador estableció un Estatuto mixto; de una parte conformado por los principios y reglas protectoras de la gestión estatal; y de otro lado, por dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa; en donde, es aplicable en primer lugar, las reglas previstas en el Estatuto de Contratación Pública –norma especial-; y en segundo lugar, y sólo de manera subsidiaria y residual, las normas civiles y comerciales³⁹⁷.

En términos de orden general, la aplicación del derecho privado y del derecho público, al contrato estatal, lo determina el grado de relación entre el objeto contractual y el interés general; sin perder de vista que las entidades estatales que cuentan con un régimen excepcional al del estatuto general de la contratación, igualmente deben aplicar en su relación contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (209 – 267 constitucional); están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades; de igual manera, que si bien existe un régimen exceptuado, también en su contratación existe un régimen mixto, con base en lo consagrado en el artículos 13,14,15 y16, de la Ley 1150 de 2007³⁹⁸.

³⁹⁷ Corte Constitucional; Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería. dieciséis (16) de marzo de dos mil cuatro (2004). Sentencia C-249/04.

³⁹⁸ “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. Artículo 14. Del Régimen Contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la presente ley. Artículo 15. Del Régimen Contractual de las Entidades Financieras Estatales. ... Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”. Artículo 16. De las Entidades exceptuadas en el sector Defensa. Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial -Cotecmar- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana -CIAC-, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad. En todo caso su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”.

g) Si bien, formalmente nuestro ordenamiento jurídico “*eliminó*” el concepto de “*derecho privado de la administración*” y “*contratos administrativos*” (que tenía como consecuencias un régimen jurídico y un control jurisdiccional diferente), lo cierto es, que el nuevo concepto de “*contrato estatal*” implica igualmente según su regulación normativa (Ley 80 de 1993 y su modificatoria) la coexistencia de diferentes regímenes jurídicos.

En este punto es importante dejar de entrada establecido, que a diferencia del procedimiento de selección; la ejecución del contrato estatal, en materia del régimen jurídico se caracteriza por: (i) se regirán por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las materias reguladas por el régimen de contratación estatal (artículo 13 de la Ley 80 de 1993); (ii) el concepto de contrato estatal comprende, todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (artículo 32 de la Ley 80 de 1993); (iii) en materia de nulidades, la nulidad absoluta del contrato estatal tiene como causa las propias disposiciones que rigen esa materia en el derecho privado y además las expresamente consagradas en el artículo 44³⁹⁹ de la Ley 80 de 1993.

La anterior situación encierra una crisis normativa, dada la existencia o pluralidad de regímenes aplicables a los contratos estatales, con remisiones en bloque al derecho privado, que pueden desnaturalizar los fines de la contratación pública.

h) Puede observarse por consiguiente, que uno de los problemas centrales de la actual contratación estatal, radica precisamente en la naturaleza del régimen jurídico que la debe regular; en la alternativa de si debe corresponder a un modelo de estricto derecho administrativo altamente sustantivizado, o si por el contrario, resulta coherente la coexistencia de un régimen de la contratación pública y del contrato estatal propiamente dicho, caracterizado por la interrelación inmediata y necesaria de subsistemas jurídicos pertenecientes al ámbito del derecho privado, dentro de los que se destacan el comercial

³⁹⁹ Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

y el civil, conforme a las expresas remisiones que al respecto efectúa nuestra ley de contratación pública⁴⁰⁰. En lo que se ha venido denominando la configuración de un peculiar régimen jurídico y conceptual de contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad del contrato estatal⁴⁰¹, ni la de la exclusiva sujeción de este a los parámetros de los principios privatistas nugatorios de lo público⁴⁰².

Si bien la doctrina ha abordado esta problemática, igualmente cabe resaltar que no es pacífica, no sólo en razón de los intereses que la materia involucra, sino también en virtud de las radicales transformaciones que se han consolidado en el derecho administrativo en los últimos años, producto de la evolución de la economía y de las concepciones filosóficas y políticas en torno a lo público y el papel de los privados en la atención de todo aquello susceptible de contenido económico, bajo conceptos de economía de mercado y competencia⁴⁰³, que plantean retomar los contenidos privatistas contractuales para los asuntos negociales del Estado⁴⁰⁴.

Nuestro derecho nacional, igualmente no ha sido ajeno a la anterior controversia, pasando históricamente de un esquema de contrato estatal regido por el derecho privado⁴⁰⁵, a un esquema mixto, sin desconocer las épocas de profunda influencia de las teorías de la sustantividad francesa de la figura⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Op, cit, Pp 2.

⁴⁰¹ Villar Palasi Jose Luis. *Principios de derecho administrativo*, Tomo III, Contratación Administrativa, Madrid, Universidad de Madrid, 1983. Citado por Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, en *Carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. Op, cit.. Pp 3.

⁴⁰² García de Enterría, Eduardo. "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 24, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

⁴⁰³ Cassagne. "El servicio público en el campo de la contratación administrativa", publicado en *Servicios públicos, regulación y renegociación*, obra conjunta con el profesor Gaspar Ariño Ortiz, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, Pp. 51 y ss.

⁴⁰⁴ Cassagne. *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 12 y ss.

⁴⁰⁵ Puede consultarse respecto de los antecedentes de la normatividad contractual a Carlos H. Pareja. *Curso de derecho administrativo. Teórico y práctico*, Bogotá, abc, 1937, p. 161. En su descripción del sistema dominante, este autor resalta que la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no había incorporado plenamente los principios y reglas del derecho francés sobre el control judicial contencioso administrativo. Profundamente influenciado por la escuela de los servicios públicos, Pareja reclama, por esta época, sujetar el contrato del Estado a la concepción bipartita de contratos administrativos y de derecho privado de la administración, con base en la idea de que el Estado, por principio, debe preservar el interés general que involucra todo servicio público. Señala Pareja que por aquella época la influencia extraordinaria de los estudios de derecho romano y derecho civil en nuestras facultades hacía que nuestros juristas, estadistas y presidentes se formaran en la creencia errónea de que el Estado, "al disponer por concesión de sus petróleos, de sus minas, de sus tierras, etc., lo hace como persona privada, sujeto únicamente a las reglas del Código Civil, y allí se ha originado la disposición que asigna a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los litigios provenientes de contratos que celebra el Estado [...] No se ha formado en Colombia, como ya

i) No puede perderse de vista, que nuestra normativa actual (Ley 80 de 1993, artículos 1⁴⁰⁷, 2⁴⁰⁸ y 32)⁴⁰⁹ en estricto sentido y de una manera orgánica, concibe al contrato estatal con fundamento en la naturaleza pública de una de las partes o en el ejercicio de una función administrativa desarrollada por un particular; que de igual manera el artículo

observamos, una teoría de los actos administrativos, y menos un criterio uniforme y seguro sobre esa clase especial de actos de la Administración Pública que se conocen con el nombre de concesiones y contratos administrativos [...]”.

⁴⁰⁶ En cuanto se refiere a las épocas características del régimen jurídico de los contratos del Estado en el derecho colombiano, podemos destacar las siguientes: 1. El régimen jurídico nacional ha pasado por casi todas las posturas ideológicas en materia contractual; inicial-mente y durante muchos años el contrato del estado se rigió por las normas y principios del derecho privado, etapa que se agota prácticamente con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964. 2. A partir de esta fecha, sobre la base de una simple reforma judicial de competencias contenciosas respecto de los contratos de la administración pública, se pasa de manera intertemporal a un sistema profundamente influenciado por los trabajos sustantivadores del contrato del Estado derivados del derecho administrativo francés que incorporaba principios y procedimientos de derecho público para la escogencia de contratistas por el Estado haciendo profundas diferencias entre el contrato de derecho privado y el propiamente administrativo, a la vez que trasladaba sus litigios al juez contencioso administrativo (Decreto 528 de 1964, Decreto 150 de 1973 y, posteriormente, Decreto 222 de 1983). 3. Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se termina en el derecho colombiano con la diferencia entre contratos de derecho público y de derecho privado, y surge la figura del contrato estatal, el cual se sujeta a principios de derecho público y de derecho privado, aunque debe anotarse que el legislador para ciertas entidades ha diseñado un contrato estatal sujeto, por regla general, al derecho privado, y excepcionalmente al derecho administrativo. Estos cambios básicos comenzaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal, que sumida en el principio de la libre competencia económica consideraba que los actores públicos no podían ser un obstáculo para el ejercicio de dicha libertad. Y que el Estado, al igual que los particulares, por regla general debía actuar en el tráfico jurídico ordinario en condiciones de igualdad; por lo tanto, resultaba inevitable abandonar las rígidas estructuras que sobre contratación estatal el Estado intervencionista había montado a partir de los años sesenta, en pretendida sustantividad del contrato administrativo, y abrirle paso a un sistema mucho más coherente con los fenómenos de la economía y la globalización, frente a los cuales los entes públicos no podían estar ausentes, ni mucho menos excluidos; con todas las consecuencias que este planteamiento implicaba desde el punto de vista jurídico, en la medida en que llamaba a modificar las estructuras sustentadas en los principios y dogmas de estricto derecho administrativo. 4. Los conceptos básicos de la Ley 80 de 1993 en cuanto remisión al derecho privado en la base de la legalidad del contrato estatal, son reiterados en la reforma a la ley de contratación pública introducida por la Ley 1150 de 2007; sin embargo, en esta reforma se hace un profundo énfasis en los asuntos relativos a los procedimientos de selección de contratistas, determinando un régimen característicamente interventor y reglado en la materia.

⁴⁰⁷ Ley 80 de 1993. “Artículo 1.º Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”

⁴⁰⁸ Ley 80 de 1993. “Artículo 2.º De la definición de entidades, servidores y servicios públicos”.

⁴⁰⁹ Artículos 1, 2 y 32. Lo anterior para los casos en los cuales opera plenamente el régimen jurídico del contrato estatal, porque es cierto que nuestra legislación establece excepciones al respecto. Diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son sólo administrativas, sino que en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares y que merecen destacarse los tenemos, por ejemplo, en el caso de las sociedades entre entidades públicas del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, así como en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenido en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las universidades públicas (Ley 30 de 1992). La misma situación jurídica se predica del régimen aplicable a los contratos de algunas otras entidades que, sin discusión alguna, son verdaderas entidades públicas (caso concreto de los hospitales y de los contratos que celebren las entidades públicas con organismos sin ánimo de lucro), casos en los cuales, por expresa disposición de sus correspondientes normatividades, se aplica el derecho privado como el régimen jurídico principal. Ahora bien, la situación se agudiza a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en donde de manera general se exceptúa del régimen de contratación pública a todas las entidades públicas que desarrollen su objeto social en condiciones de mercado y competencia. La referencia al derecho propio de las actividades de mercado y de la competencia, sin embargo, no es absoluta; de todas maneras, y para todos los casos, el legislador en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en forma perentoria e imperativa, obliga a que dentro de los procesos contractuales que deban regirse por las disposiciones y principios del derecho privado, se apliquen principios propios de la función pública, esto en la medida en que de una u otra manera, quiérase o no, así la actividad sustraída del marco de la contratación pública sea típica o propia de mercado y competencia, la misma se hace por servidores públicos y en ella están comprometidos recursos públicos en los términos del artículo 1.º de la Ley 1150 de 2007. Sobre esta base se dispone en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 que “[...] Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...]”. Esto es, todo proceso de selección que adelanten las entidades exentas del régimen de la contratación pública estatal, deben preservar y respetar siempre y en todo lugar los principios rectores de la función pública administrativa, los relativos al control fiscal y aplicar de manera estricta el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993 y en demás disposiciones aplicables a los contratos del Estado, a los contratos que tramiten y celebren estas entidades.

1⁴¹⁰ de la propia Ley 1150 de 2007, acude a consagrar como contrato estatal, todos aquellos, que se realizan con recursos públicos, es claro que ambos conceptos contenidos en las indicadas normas de contratación estatal, tiene una base meramente formal y nada sustancial; lo que ha venido sirviendo de fundamento para sostener que a nivel de nuestra legislación interna, no existe un contrato del Estado con una propia sustantividad, diferente del contrato clásico regulado por el derecho privado⁴¹¹.

Si bien somos partidarios de aceptar el anterior planteamiento, debe igualmente resaltarse como se dejó indicado, que la sustantividad del contrato estatal, no la define la naturaleza del sujeto, ni la naturaleza de recursos públicos, exclusivamente, sino que la misma la determina la finalidad que se persigue con el contrato estatal.

El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado; incluso se puede considerar el motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal.⁴¹²

En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico⁴¹³. En esta dirección, reconocemos para las

⁴¹⁰ Ley 1150 de 2007. "Artículo 1.º Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos."

⁴¹¹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Op, cit, Pp. 6-8.

⁴¹² Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Puede consultarse igualmente José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 90.

⁴¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis: "La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1.º superior se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 de la Constitución Política señala que *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y*

relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general, el cual, en palabras de Luciano Parejo, “[...] se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos; es decir, a las organizaciones estatales (o las designadas por éstas) en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados”. Lo anterior, sin negar su significado amplio en cuanto rector de la totalidad de las actividades de las funciones públicas y no sólo de las administrativas⁴¹⁴.

La Constitución Política colombiana recoge de manera amplia el anterior postulado fundamental de la actividad pública nacional, no sólo a partir de su preámbulo, sino también, de manera expresa, en el artículo 1.º, al destacar su carácter prevalente dentro de los principios rectores del Estado. Así como en el artículo 2.º, al darle contenido de fin esencial o de propósito supremo del Estado, en el sentido de que a partir de su materialización se debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en el artículo 58, al otorgarle primacía sobre los intereses particulares; en el artículo 123 (inciso 2.º), al determinar y aclararles definitivamente a la totalidad de los servidores públicos de todos los niveles que se encuentran a su servicio, con el fin inobjetable de que su acción se proyecte sobre la comunidad; por último, en el artículo 209, al elevarlo a principio rector, específicamente de la función administrativa, y reiterar que en su aplicación práctica implica y significa, nada menos, que esta función en su totalidad, sin ninguna excepción, está destinada constitucionalmente al servicio de los intereses generales⁴¹⁵.

se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]”. Añade también que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”. En materia contractual, dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue “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 ellos en la consecución de dichos fines”. Y el inciso segundo de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés.”

⁴¹⁴ Parejo Alfonso. *Manual de derecho administrativo*, Volumen I, Barcelona, Ariel, 1998, Pp. 607.

⁴¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, exp. D-2268: “Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de

Los anteriores postulados fueron retomados por el legislador en la ley de contratación pública (art. 3.º Ley 80 de 1993), al definir los fines de la contratación estatal, destacando que los contratos que celebre el Estado no pueden tener propósitos diferentes del cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la atención y satisfacción de las necesidades colectivas. Así mismo, este ordenamiento reitera a los particulares que se relacionen contractualmente con la administración que el contrato estatal no es tan sólo una fuente de utilidades, sino una forma de lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista en el Estado colombiano⁴¹⁶.

Es justo a partir de esta circunstancia como adquiere importancia institucional el interés general para el contrato, en la medida en que conlleva en sí mismo reproche, no aceptación de cualquier posibilidad de que los intereses individuales o particulares de un servidor público, del contratista o de cualquier persona puedan determinar la escogencia del contratista, la celebración del contrato, su ejecución o su correspondiente liquidación; cualquier ruptura del interés general en el contrato en favor del interés particular implica el surgimiento de vicios en la legalidad del mismo⁴¹⁷.

Lo anterior resulta de la mayor importancia cuando se pretende articular los principios propios del derecho administrativo con los que surgen a propósito de la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado, como sucede en el caso específico de la autonomía de la voluntad, de la libertad económica, del *pacta sunt servanda* o de la

la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue «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 ellos en la consecución de dichos fines». Y el inciso segundo de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: «Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones [...]».

⁴¹⁶ Jorge Bendeck Olivella. “Exposición de Motivos a la Ley 80 de 1993”, en *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992: “Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados”.

⁴¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón: “En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general”.

igualdad. En estos casos, la amplitud que dichos principios puedan tener en la esfera del derecho privado se ve aminorada en la medida en que éstos deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad, del conglomerado, los cuales sin duda en muchos casos son diferentes de los de las personas individualmente consideradas⁴¹⁸.

8. La coexistencia de la institución del equilibrio económico y del riesgo contractual.

Se parte por recordar, que nuestra tradición jurídica no estaba fundada en la estructura del riesgo contractual (origen anglosajón), sino que se fundamentaba en la teoría del equilibrio financiero (siguiendo la tradición clásica del contrato administrativo francés).

Ese equilibrio financiero se ha entendido como el derecho del contratista a conservar a lo largo de la ejecución del contrato, su base original, esto es, la estructura de beneficios y cargas definidas por las partes en el contrato.

Sin embargo, con el advenimiento de la Ley 1150 de 2007⁴¹⁹, se consagró la técnica de los riesgos contractuales, sin derogar las normas correspondientes de la Ley 80 de 1993, sobre equilibrio económico (artículos 5, 14 y 27)⁴²⁰; lo que conlleva algunas dificultades para efectos de aceptar su propia compatibilidad jurídica en nuestro régimen contractual y sus propios límites y efectos jurídicos por cuanto: el riesgo contractual, tiene como finalidad minimizar los imprevistos que afecten la ejecución del contrato; mientras que en el equilibrio financiero, el contratista, en primer lugar, asume los riesgos normales del contrato y en segundo lugar, la administración auxilia a su contratista colaborador a efectos de la culminación de la ejecución del contrato, en atención de los intereses públicos en juego.

⁴¹⁸ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Op, cit, Pp 23-26

⁴¹⁹ "Artículo 4o. De la Distribución de Riesgos en Los Contratos Estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva".

⁴²⁰ Benavides José Luis. Riesgos contractuales. Pp. 487. En Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. José Luis Benavides – Jaime Orlando Santofimio: Compiladores. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2009.

8.1. El principio del equilibrio económico:

El origen administrativo de este principio es, en definitiva, la excepción a la regla de la *exceptio inadimpleti contractus* que juega a favor de la Administración en los contratos administrativos; por lo que el contratista deberá seguir en el cumplimiento del mismo, no obstante las modificaciones o alteración de los términos pactados; si bien tendrá derecho después a la correspondiente compensación por equivalente⁴²¹.

El “*equilibrio económico-financiero*” es un concepto jurídico indeterminado al que cabría atribuir un único significado, real, consistente en la búsqueda, en la medida de lo posible, de “*una igualdad entre las ventajas que se conceden al contratista y las obligaciones que le son impuestas*”, ventajas y obligaciones que “deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles”⁴²².

Las causas de ruptura del equilibrio económico-financiero que obligan al restablecimiento del mismo son el ejercicio del *ius variandi* (que supone la alteración por la Administración concedente de las condiciones originales en que se estructuró el objeto de la concesión), el *factum principis* (“*medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole más oneroso para el contratista sin culpa de éste*”) y la denominada “*teoría de la imprevisión*”⁴²³.

Desde una perspectiva histórica, la figura del equilibrio de la ecuación financiera del contrato ha presentado diferencias importantes frente al contrato privado y de igual manera una evolución normativa que se precisa a continuación:

⁴²¹ Ariño Ortiz, Gaspar. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Resumen del mismo título, publicado en Madrid, Instituto de Estudios Administrativos (ENAP) 1968. Título III. Capítulo 9. Principio de equivalencia económica. Numeral 1. Fundamento. Pp.142

⁴²² Fuentetaja Pastor. Jesús Ángel. Riesgo y Ventura en la Concesión de obra Pública. Revista de Derecho de la Unión Europea No. 7 – 2 Semestre 2004. Pp. 186.

⁴²³ García Enterría Eduardo –Fernández Rodríguez, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 733.

a) Una importante diferencia entre la conmutatividad del contrato estatal y el contrato privado

Se parte de resaltar, que si bien, el elemento de la conmutatividad es de recibo respecto del contrato entre particulares (artículo 1498 Código Civil) y del contrato estatal (artículos 4.º (núm. 3), 5.º (núm.1), 27 y 28 de la Ley 80 de 1993), la misma presenta características especiales y particulares, entre los dos, tipos de contratos.

De una simple lectura literal de la indicada norma del Código Civil, no se exige una equivalencia exacta y objetiva y menos que deba mantenerse durante la vida del contrato. Por el contrario, respecto al contrato estatal, el requisito de la conmutatividad, se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de *igualdad o equivalencia* proporcional y objetiva de las prestaciones económicas⁴²⁴.

Nos encontramos de esa manera ante un concepto de conmutatividad especial y, por lo tanto, preferente respecto de cualquier interpretación o aproximación que deba efectuarse en los casos en que estén de por medio contratos estatales, emanada de las viejas disputas doctrinarias francesas en torno a la sustantividad del contrato estatal y que han sido retomadas de manera amplia por nuestro régimen de los contratos públicos específicamente en los artículo 5.º (núm. 1) y 27 de la Ley 80 de 1993⁴²⁵.

b) Alcance y contenido del equilibrio económico

Una de las principales controversias, se centró en el alcance y contenido del equilibrio económico, respecto al concepto de “*no pérdida*”, cuando igualmente de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, “*las utilidades del contratista, estaban garantizadas por el propio Estado contratante*”.

⁴²⁴ Palacios Mejía Hugo. “El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150”, en *Economía Colombiana*, N.º 321, Bogotá, Contraloría General de la República, noviembre de 2007, Pp 9 y ss.: “[...] El concepto de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato estatal se usa, fundamentalmente, para definir el alcance de sus obligaciones económicas. Por lo tanto, ese concepto debe permitir dar una valoración económica a cada conjunto de derechos y obligaciones. ¿Es posible esa valoración? Sería ingenuo suponer que se puede llegar a definir, en pesos y centavos, el valor verdadero de cada conjunto. Pero, en la práctica, a menudo los contratistas dan valores precisos a los contratos que celebran con el Estado, a partir de fórmulas e hipótesis que los expertos consideran razonables. Por eso existe un mercado en el que tales contratos se negocian. Se negocian tanto los derechos como las obligaciones. Se trata de un fenómeno antiguo, con mayores desarrollos cada día, que el Código de Comercio regula en los artículos 887 y concordantes [...]”

⁴²⁵ Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999., pp. 399 y ss.

En términos concretos la controversia se centraba en: sí la reparación del desequilibrio económico del contrato, que restaure la ecuación pactada *ab initio*, debe comprender o no, las dos modalidades que integran la reparación plena, o sea, el reconocimiento del daño emergente y la del lucro cesante; el primero, repone lo perdido, reembolsando los gastos efectuados por el damnificado, y el segundo, restaura o asegura las ganancias dejadas de percibir por razón del daño sufrido.

Dos momentos de la evolución jurisprudencial frente a esa controversia procede rescatar: **(i)** Desde 1996 el H. Consejo de Estado⁴²⁶ venía sosteniendo, que dado el deber de reparar el equilibrio económico e igualmente la garantía de las utilidades, en cualquier caso en que esa merma o desaparición de las utilidades del contratistas no se imputaban a su propia culpa contractual, debía reconocerse el daño emergente (punto de no pérdida) e igualmente, las utilidades dejadas de percibir. Todo bajo el entendimiento que con fundamento en los principios de la buena fe contractual, la equidad y el principio de igualdad ante las cargas públicas, al contratista debe respetársele la utilidad esperada en todos los casos en que el daño se haya causado sin su voluntad, porque esos principios deben presidir la responsabilidad de la administración tanto contractual como extracontractual⁴²⁷. **(ii)** A partir del año 2004, se sostuvo que frente a hechos imprevisibles, que alteran de manera significativa el equilibrio del contrato, la administración está obligada a compensar la afectación patrimonial sufrida por el contratista, el “*desmedro sufrido*”, que se precisa sólo conlleva “*el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida*”, es decir, que “*no surge la obligación de reparar la integridad del perjuicio*”; lo que significa que solamente se reconoce el daño emergente y no, conceptos de utilidad a título de lucro cesante.

Se puede sostener que la indicada controversia tiende a perder su importancia habida cuenta que el fundamento normativo para reconocer a título de equilibrio económico un concepto de lucro cesante (utilidad), fue derogado mediante el artículo 32 de la Ley 1150

⁴²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, reiterada en sentencias de 29 de abril y 21 de julio de 1999, exp. 14.885 y exp. 14.943, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁴²⁷ Silva García, Fernando. Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral. Revista Mercatoria, Volumen 6, número 2 (2007). Pp. 7 y 8.

de 2007; lo que significa que el Estado contratante, ya no tiene el deber de garantizar y proteger las utilidades del contratista.

En ese orden de ideas, cuando el desequilibrio económico procede por situaciones imprevistas de que trata el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, la parte afectada solo podrá aspirar a que se le reconozca el daño emergente (o sea a un punto de no pérdida), de manera que lo que se pretende es mantener el equilibrio negocial sin conceder ventajas o prerrogativas económicas. Por el contrario, si la causa se rompe de la ecuación financiera radica en el propio incumplimiento de la entidad contratante estatal, tendrá derecho el contratista tanto al daño emergente como a las utilidades dejadas de percibir (lucro cesante), en cuanto ese incumplimiento contractual determina en buena parte el rompimiento simétrico del contrato⁴²⁸.

El concepto de equilibrio económico, no puede ser tomado como *“un seguro del contratista contra cualquier déficit eventual de la explotación o ejecución del contrato”*, ya que es preciso distinguir entre *“alea normal”* y *“alea anormal”* del contrato, el cual no puede ser la base para dejar sin efecto los riesgos asumidos por el contratista de manera voluntaria y consiente; se postula la idea que el equilibrio no es matemático, sino que ha de ser relativo y razonable, vistas las prestaciones de las partes del contrato⁴²⁹.

8.2. De la noción de riesgo contractual

Desde una acepción genérica, el *“riesgo contractual”* se puede entender como los eventos inciertos que pueden afectar la ejecución del contrato; es decir, se identifica el concepto de riesgo, con la posibilidad de que algo suceda o no suceda⁴³⁰.

⁴²⁸ *Ibidem*, Pp.10.

⁴²⁹ *Ibidem* Pp. 5.

⁴³⁰ El riesgo imprevisible puede definirse como el supuesto en el que circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato, e imprevisibles en dicho momento, hagan mucho más oneroso para una de la partes el cumplimiento del contrato en los términos pactados. La construcción de la teoría del riesgo imprevisible se encuentra en la doctrina del Consejo de Estado francés, en su famoso *Árret Gaz de Bordeaux* de 30 de marzo de 1916. La mayor onerosidad en la ejecución del contrato, como consecuencia de hechos no previsibles, aconsejaba que la Administración ayudara a recomponer el equilibrio, para evitar una mala ejecución del contrato, o la desaparición del contratista. Ver en Tornos Mas, Joaquín. *Distribución de riesgos en los contratos estatales*. Pp.366 y 373. En Montaña Plata, Alberto; Rincón Córdoba, Jorge Iván. Editores. *Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas Y Prospectivas*. 1ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2017.

Sin embargo, es importante resaltar que el riesgo contractual, no se identifica con el cumplimiento o no, de las “*obligaciones de las partes*”, por cuanto el incumplimiento está regido por las reglas particulares de la responsabilidad; en este sentido, el incumplimiento de la obligación no materializa un riesgo, sino que genera la obligación de reparación de todos los perjuicios por él causados, según las reglas del Código Civil (1615, 1616 Código Civil)⁴³¹.

Por último, el riesgo contractual tampoco se identifica con el riesgo amparado por las pólizas de cumplimiento y calidad exigidos a los contratistas; si bien esas pólizas amparan el riesgo de incumplimiento, ellas en estricto sentido, son seguros de responsabilidad que se hacen efectivas mediante la declaración del respectivo siniestro. (Artículo 7, Ley 1150 de 2007)⁴³².

En este orden de ideas, realizadas las anteriores distinciones el riesgo contractual se refiere, a las situaciones sobrevinientes que alteran el contenido de las prestaciones

⁴³¹ “Artículo 1615. Causación De Perjuicios. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”.

Artículo 1616. Responsabilidad Del Deudor En la Causación De Perjuicios. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

⁴³² Indica el “Artículo 7o. De Las Garantías En La Contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento”.

Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.

previstas por las partes, cuyo origen es, generalmente externo a ellas y, en todo caso, ajeno a su comportamiento culposo⁴³³.

Los riesgos contractuales si bien se han entendido como cercanos a la teoría de la imprevisión (artículo 868 del Código de Comercio)⁴³⁴, no presentan una total identificación con la misma, habida cuenta que la finalidad de la asignación de los riesgos contractuales es precisamente reducir la amplitud de la imprevisión; en el sentido que las partes buscan identificar todas las situaciones que puedan afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobre costos de las prestaciones originales, para determinar cuál de las partes deberán soportar las consecuencias. Por consiguiente, a las obligaciones y derechos de cada una de las partes del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos genera la obligación de soportar sus consecuencias para quienes lo hayan asumido, sin derecho de reclamar a la otra parte, indemnización alguna⁴³⁵.

Es claro en consecuencia, que este nuevo concepto de asignación de riesgos contractuales, afecta igualmente el concepto de equilibrio financiero del contrato, por cuanto este último, ya no dependerá exclusivamente de las prestaciones acordadas por los contratantes, sino igualmente de los riesgos asumidos por cada una de ellas.

La asignación de los riesgos en los contratos estatales se configura como una figura relativamente reciente en nuestra legislación contractual. De hecho, como se dejó indicado, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, norma complementaria del Estatuto Contractual Colombiano (Ley 80 de 1993), carecíamos de una política de

⁴³³ Benavides José Luis. Riesgos contractuales. Pp. 455 a 458. En Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. José Luis Benavides – Jaime Orlando Santofimio: Compiladores. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2009.

⁴³⁴ "Artículo 868. revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato".

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

⁴³⁵ Benavides José Luis. Riesgos contractuales. Op, cit. Pp. 459.

distribución de riesgos como la que hoy ha instituido el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007⁴³⁶.

Ello implica que las partes, al no pronunciarse de manera expresa sobre los sucesos, no prevenían ni gestionaban los posibles riesgos que pudieran sobrevenir y alterar la buena realización del contrato. Se reflejaba entonces la ausencia total de identificación y asignación del riesgo entre las partes.

Los riesgos entendidos como la previsibilidad de ocurrencia de un hecho futuro que de llegar a acontecer y materializarse en siniestro, puede llegar a afectar de manera grave y significativa a la economía de un contrato en ejecución, quedan entonces inmersos dentro de las obligaciones de las partes, bajo el entendido de que permanecen inmóviles dentro del contrato, están dentro de él y son parte de su ejecución; por ello, su manejo se confiaba a conceptos jurídicos, normas y principios creados por el legislador, por la propia jurisprudencia y por la doctrina⁴³⁷.

Como se dejó señalado, en materia de contratación pública, la Ley 1150 de 2007, artículo 4°, obliga a las partes a realizar un ejercicio de distribución de riesgos, porque en lo sucesivo todas las negociaciones contractuales que realice la Administración deben “*estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles*”.

Esta exigencia del legislador se dispuso de manera transversal para todos los contratos estatales, obligando a las entidades estatales a incluir en sus pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de riesgos, en aras de lograr una mayor transparencia y eficiencia en la gestión de los contratos de la Administración. Esto ha significado que tanto la entidad contratante como el contratista, tienen la ineludible obligación de *configurar bilateralmente el riesgo* y determinar el manejo y administración que le darán; obligación que se traduce en identificar los riesgos que puedan presentarse

⁴³⁶ Verano Henao, Sandra Patricia. La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio económico. Pp.553. En Montaña Plata, Alberto; Rincón Córdoba, Jorge Iván. Editores. Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas Y Prospectivas. Op, cit. 2017.

⁴³⁷ Cfr. Otros autores, como Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, tiene una concepción jurídica del riesgo diversa y lo definen como “el detrimento patrimonial que acarrea la extinción de las obligaciones causada por el caso fortuito o fuerza mayor de que el deudor no se responsable”. Ospina Fernandez, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1998, Pp.571.

durante la ejecución del contrato, en valorar o estimar el perjuicio que pueda ocasionar a la ecuación contractual y en asignarlos a la parte que esté en mejores condiciones de conocerlo, mitigarlo y administrarlo. Todo esto corresponde a “*la gestión explícita del riesgo*”⁴³⁸.

Se marca entonces, una clara e importante diferencia entre el concepto de responsabilidad contractual (inejecución de la obligación producto del incumplimiento de una parte) y el concepto del riesgo contractual, entendido como carga contractual en su sentido más estricto, se posiciona entre las partes como un riesgo asignado que comporta el deber de soportar el acaecimiento del siniestro. Esa diferencia pone de presente igualmente que “*mientras la responsabilidad por incumplimiento pretende hacer recaer sobre el deudor incumplido la carga del daño generado por un hecho a él imputable, el riesgo contractual apunta a establecer cómo y quién va a soportar la pérdida de la ventaja prevista por las partes del contrato*”⁴³⁹.

El mandato legal de advertir el riesgo en todos los contratos de la Administración Pública, no solo nos ubica dentro de la gestión explícita, sino que además nos sitúa dentro de la “*gestión del riesgo previsible*”; previsibilidad que se rige como el riesgo contractual o normal que se asigna a las partes del contrato, como una de sus obligaciones, esto es, como carga del negocio jurídico. Ese riesgo previsible o normal que puede suceder durante la ejecución del contrato, entra entonces a formar parte de su objeto, de su ejecución; está incluido dentro de la ecuación económica del contrato y excluido del concepto de imprevisión⁴⁴⁰.

La imposición de este deber, pretende que efectivamente las partes realicen, con diligencia y cuidado, un ejercicio serio de identificación de los riesgos preVISIBLES, que los evalúen, valoren y asignen, todo lo cual quedará inmerso dentro de la ecuación financiera

⁴³⁸ Verano Henao, Sandra Patricia. La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio económico. Op, cit, Pp.558.

⁴³⁹ Betti, Emilio. *Istituzioni di diritto romano: ristampa inalterata, 2ª ed.*, Cedam, Padova, 1962, Pp.405: “[...] chi debba sopportare, o como si debba repartire, la perdita del vantaggio che le parti si ripromettevano dall’assetto d’interessi divisato [...] (perdita del c.d. commodum obligationis)”. Citado por MORALES, MÓNICA LIZET y otros. “Distribución del riesgo en el contrato de construcción. Perspectiva internacional”, *Revista e- Mercatoria*, Vol. 8 n. ° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, Pp6.

⁴⁴⁰ Verano Henao, Sandra Patricia. La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio económico. Op, cit. Pp.560.

del contrato, como cargas contractuales asignadas a cada parte de la relación negocial, con el fin de evitar demandas futuras de restablecimiento del equilibrio económico contractual⁴⁴¹.

Es importante resaltar que la indebida o deficiente identificación y cobertura del riesgo en los contratos de la Administración, empuja al contrato a encontrarse con su desequilibrio, por cuanto las cargas obligacionales derivadas de la asignación del riesgo contractual, se desnaturaliza y ellas integran la ecuación financiera del contrato. Estas situaciones irregulares, conlleva que los contratistas argumenten desequilibrio económico, fundados en la defectuosa planeación del contrato, olvidando que ellos son colaboradores activos de la entidad, que también tienen a su cargo esa debida preparación del negocio jurídico; todo sin perder de vista, que la obligación de gestionar bien el riesgo, está asignada a los dos extremos de la relación contractual y no solamente a la entidad contratante⁴⁴².

8.3. La noción de equilibrio económico del contrato (principio excepcional) - el concepto de riesgo contractual (regla general)

Como se dejó indicado, el equilibrio económico del contrato, es un principio consagrado por el legislador y ampliamente avalado por la jurisprudencia y la doctrina, como un remedio que de manera anticipada, ya prevé no solo las alteraciones a que puede verse expuesto un contrato cuya ejecución se difiere en los largos periodos, sino también

⁴⁴¹ Verano Henao, Sandra Patricia. La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio económico. Op, cit, Pp. 561.

⁴⁴² “[...] para cumplir con el principio de planeación debe observarse ‘parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y término de referencia’, puesto que aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado. Ahora, bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209,339 y 341 constitucionales, de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, señala que los particulares ‘tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones’ y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tiene el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de constituirse las obras que son o serán materia del contrato”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 27 de enero de 2016, expediente 54.415.

determina la solución a esos trastornos, que se constituye en una garantía para el contratista frente a los poderes exorbitantes de la administración.

Se afirma igualmente que el Principio del Equilibrio Económico del contrato es un principio compatible con la libertad contractual para la distribución de riesgos; las partes del contrato deben ser conscientes que su acuerdo negocial mutua⁴⁴³ en el tiempo y está expuesto al acaecimiento de aleas administrativos, económicos y empresariales que pueden alterar su ejecución; es por ello que configuran y delimitan el riesgo previsible. Aceptando ese principio de mutabilidad⁴⁴⁴ de los contratos y dando una interpretación correcta al principio de la justicia contractual, se ha dado paso a la aplicación del Principio de Equilibrio Económico del contrato, para preservar la continua prestación del servicio público y apoyar en forma solidaria al contratista colaborador⁴⁴⁵; todo bajo el entendido que este principio del equilibrio económico financiero, se constituye como una fórmula de aplicación excepcional frente a hechos perturbadores del contrato.

Se debe señalar que el principio de equilibrio económico- financiero no es una atenuación del riesgo y ventura, que sí es de naturaleza contractual, pues cuando dos partes contratan, cada una espera obtener un determinado beneficio, si posteriormente, y respetando el marco jurídico original, una de ellas no obtiene ese beneficio, el perjudicado no puede exigir compensación alguna. Ambos principios: - “*riesgo y ventura*” y “*equilibrio económico- financiero*”- no son compatibles.

El mantenimiento del equilibrio financiero constituye una fórmula, en todo caso, “*excepcional*”, en el sentido que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura⁴⁴⁶, el objeto es impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito, que cubra todos los riesgos

⁴⁴³ Herrera Barbosa, Benjamin. *Contratos públicos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2004, p. 310

⁴⁴⁴ Escola, Hector Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 374. Sostiene que la inmutabilidad de los términos contractuales es estricta en el Derecho Privado y relativa en la órbita de los contratos administrativos.

⁴⁴⁵ Ariño Ortiz, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Op, cit. Pp. 242

⁴⁴⁶ La expresión *riesgo y ventura* viene a significar tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autorizaba al contratista a desligarse del contrato, que no le daba derecho a pretender una modificación correlativa del precio de las tarifas fijadas y que los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista. Ver en García Enterría Eduardo –Fernández Rodríguez, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Op, cit. Pp. 731.

de la empresa, trasladándolos íntegros al Erario público, en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales⁴⁴⁷.

En igual sentido se ha pronunciado, la línea jurisprudencial de nuestro Consejo de Estado, cuando advierte que el principio de equilibrio financiero, no puede ser tomado como sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “*ecuación financiera*”. Es solamente la relación aproximada, el “*equivalente honrado*”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el co-contratante ha tomado en consideración; “*como un cálculo*”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar⁴⁴⁸. De ahí que deba ser invocado única y exclusivamente en aquellos eventos donde la coyuntura actual que rodea el contrato sea desfavorable para su ejecución y lo afecte representativamente: donde el servicio público se ve amenazado y sea latente su parálisis o inejecución poniendo en peligro su estabilidad; donde se trate de una afectación extraordinaria que impacte la equivalencia de las prestaciones contractuales en forma grave, extraordinaria, real y significativa; y en donde la respuesta de un restablecimiento garantice la debida ejecución del contrato, siempre en aras de amparar el interés público, y no el particular del contratista⁴⁴⁹.

Esta idea de equivalencia de las prestaciones contractuales tiene un doble significado: (i) equivalencia material de las prestaciones: cabe entender la equivalencia objetivamente, atendiendo a la valoración económica de las contraprestaciones, e invocando en su defensa un ideal de justicia conmutativa. (ii) equivalencia subjetiva o formal: atendiendo al valor subjetivo que para una de las partes tiene la prestación de la otra, que le hace estimarlo en una medida determinada, expresa en el contrato y, que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad debe ser respetada.

⁴⁴⁷ Fuentetaja Pastor, Jesus Ángel. “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública”, *Op, cit*, Pp. 18.

⁴⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 15.799

⁴⁴⁹ “[...] el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si estos pueden calificarse como propios del alea normal del contrato, sino que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración el contrato [...]”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2013, expediente 25971.

Cuando se rompe la equivalencia de las prestaciones como exigencia de justicia objetiva en todo contrato oneroso, han venido apareciendo para su corrección, aún desde el Derecho Romano a nuestros días, toda una serie de soluciones casuísticas y técnicas jurídicas. En nuestro primer Derecho administrativo toda esta problemática estará presidida por dos principios rectores: el principio del equivalente económico para algunos supuestos tasados y, sobre todo, el principio del riesgo y ventura.

Pero en el juego de ambos criterios, el riesgo y ventura es criterio de general aplicación a todos los supuestos, y el principio del equivalente será referido exclusivamente a las modificaciones unilaterales e internas del contrato⁴⁵⁰.

9. Potestades unilaterales – cláusulas excepcionales

9.1. Potestades Unilaterales

a) La prerrogativa de poder público que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato, con la carga de impugnación contencioso-administrativa, si está disconforme con su legalidad; es aquí donde precisamente se inserta la técnica contencioso-administrativa sobre el contrato que está en el origen, como sabemos, de la institución del contrato administrativo.

En virtud de este privilegio, la Administración, en términos generales, puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la

⁴⁵⁰ Ariño Ortiz, Gaspar. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Op, cit, Pp. 130.

fianza⁴⁵¹.

Ahora bien, este poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, que en principio podría estar limitada si tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por la simple iniciación de un proceso⁴⁵².

b). Bajo el concepto clásico del contrato administrativo francés, se instituyó las denominadas “cláusulas exorbitantes” que en términos de orden general, pueden entenderse como: *“prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública”*⁴⁵³ [...] *Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas”*⁴⁵⁴. Las cláusulas exorbitantes implican *“el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración”*⁴⁵⁵ colocándola en una *posición de superioridad jurídica*⁴⁵⁶.

Bajo este modelo francés, se hacía del contrato propiamente administrativo el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducían en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo; con esto se marcaban fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y se justificaba por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.

⁴⁵¹ García de Enterría, Eduardo. La figura del contrato administrativo. Op, cit. Pp. 122.

⁴⁵² *Ibidem*, Pp. 123.

⁴⁵³ García De Enterría, Eduardo: Curso de derecho administrativo, Tomo I, Op, cit. Pp. 240.

⁴⁵⁴ Corte Constitucional; Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012); Sentencia C-620/12.

⁴⁵⁵ Corte Constitucional; Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C-136 de 1993.

⁴⁵⁶ Cfr. Ver entre otros: Escola, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Parte General. Bercaitz, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos.

Mediante estos poderes de carácter excepcional, la administración puede declarar la caducidad del contrato; terminarlo, modificarlo e interpretarlo unilateralmente, con la finalidad de evitar no sólo la paralización de éste, sino para permitir la continua y adecuada prestación del servicio, y por ende, la consecución de los fines estatales.

Es importante señalar, que la facultad exorbitante de la administración no deviene de la relación jurídico comercial pactada por las partes, por cuanto su fuente radica exclusivamente en la Ley⁴⁵⁷; además el legislador no la consagró de manera total, sino por el contrario, moduló sus consagración dependiendo el tipo contractual; así se tiene cuatro grupos: **i)** obligatorias para algunos contratos; **ii)** facultativas en otros tipos contractuales; **iii)** contratos estatales en donde está prohibida la facultad exorbitante; y **iv)** todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.

c) Nuestro ordenamiento jurídico en su evolución normativa y bajo la concepción dual de la “*actividad contractual administrativa*”, ha venido consagrando el concepto de cláusulas exorbitantes, fundamentada como lo sostuvo la Corte Constitucional, en la noción de interés público, implícito en la contratación estatal que “*afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general*”⁴⁵⁸.

Se ha venido sosteniendo a nivel de nuestro ordenamiento jurídico, que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se rompe la concepción clásica francesa que diferenciaba

⁴⁵⁷ Al respecto el H Consejo de Estado precisó: “*El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.*” (Consejo de Estado, Sección Tercera, abril 13 de 1994).

⁴⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración y por consiguiente, se consolida al principio de igualdad contractual, como regla general y, a la “*unilateralidad de la administración*”, como una excepción de aplicación restrictiva a casos taxativamente señalados en la Ley; abandonando el concepto, de cláusula exorbitante, por el de, cláusulas excepcionales.

Ahora bien, el concepto de cláusula excepcional se ha venido considerando como un elemento de la naturaleza del contrato estatal, por cuanto, se entiende que le pertenece por mandato legal, todo bajo una aplicación extensiva del contenido del artículo 1501⁴⁵⁹ del Código Civil, al contrato estatal.

El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado, parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista⁴⁶⁰.

d) La existencia de las cláusulas excepcionales ha sido justificada, por la consecución de los fines del Estado y, en especial, del interés público; sin embargo, no existe unidad de criterio en el sentido, de definir su propia naturaleza; es decir: si son verdaderas cláusulas, originadas por la autonomía de la voluntad de las partes del contrato, o si se trata de privilegios conferidos e impuestos por el legislador, a la administración pública, como concreción del principio de legalidad⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Código Civil. “*Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*”

⁴⁶⁰ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Op, cit. Pp. 22.

⁴⁶¹ Osorio Moreno, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?. Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 10, Segundo Semestre. Universidad Externado de Colombia. 2013. Pp 95-96

Como se indicó con anterioridad, la concepción de la autonomía de la voluntad, surgió primero como una noción política para adquirir luego su traducción jurídica (apareció como la defensa del individualismo y rechazo al intervencionismo, como garantía de la libertad de los contratantes); no es inherente al contrato privado, sino a una concepción ideológica de la relaciones entre los particulares; la autonomía de voluntad es actualmente concebida, no como un campo de soberanía privada, sino como el espacio de libertad ofrecido a los contratantes, según los límites y las directivas impuestas por el derecho positivo⁴⁶².

Por el contrario, las cláusulas excepcionales al Derecho común son prerrogativas que ostenta la administración pública, dentro de la relación jurídica contractual, y que conllevan a privilegiar a uno de los sujetos de la relación negocial, bajo criterios de interés público⁴⁶³ o por decisión del legislador.

Han sido concebidas como poderes derivados de la exorbitancia reconocida a la administración pública, en el ejercicio de su función administrativa, con el fin de salvaguardar el interés público o garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado⁴⁶⁴.

A nivel interno, se ha reconocido las cláusulas excepcionales como prerrogativas conferidas a las entidades públicas, derivadas del poder público de la administración pública y que obedecen a la finalidad misma perseguida en los contratos públicos, como es el interés público, y que no tienen aplicación en los negocios jurídicos del Derecho privado⁴⁶⁵; obedecen al poder de dirección que de conformidad con el artículo 14 de la

⁴⁶² *Ibidem*, Pp 98-99

⁴⁶³ Sobre la particular, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C -620 del 2012, señaló que el interés público determina la posición de los sujetos contratantes y la relación entre las mismas, dentro del contrato estatal, y además, justifica la preeminencia de la posición de la administración pública. El intérprete constitucional considera que el otorgamiento de las cláusulas excepcionales al Derecho común, a la administración pública, descansa sobre la premisa del cumplimiento de los fines del Estado y por ende, del interés público

⁴⁶⁴ En esa línea, la característica más relevante del régimen de los contratos públicos es precisamente la de las prerrogativas de las administraciones públicas. Éstas se encuentran justificadas, sobre todo, por la finalidad pública de los contratos administrativos y por el carácter de *potentior personae* (o sea, un sujeto privilegiado, revestido de un poder especial) del ente público contratante, que se traslada lógicamente a la relación jurídico-contractual.

⁴⁶⁵ Se señaló igualmente en la C-620 de 2012 que: "...Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado. "Al respecto esta Corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican "el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de

Ley 80 de 1993⁴⁶⁶, tiene la administración pública, sobre el desarrollo y cumplimiento del contrato estatal (caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales y de reversión).

En este orden de ideas, la consagración de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, en el mandato contenido en la Ley 80 de 1993, obedece a una imposición del legislador⁴⁶⁷, a favor de la administración pública y que genera una posición jurídica especial en el negocio jurídico público del Estado, frente al sujeto co-contratante, que en nada interviene en la discusión y construcción de la supuesta *cláusula*, como debería ocurrir, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.⁴⁶⁸

El legislador es el que determina e impone, en la actividad contractual de la administración pública en Colombia, los escenarios y eventos donde procede la inclusión y aplicación de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, como se puede apreciar en el mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Cuando la norma legal señala la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales, en los contratos de suministro y de prestación de servicios, no lo hace para materializar el

los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”

⁴⁶⁶ El precepto consagra: “...*Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*”

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.”

“Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones”.

⁴⁶⁷ Este aspecto ha sido analizado por el Honorable Consejo de Estado, de la siguiente manera: “...En lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. Así, el legislador exigió su imposición en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. De igual forma, la normativa facultó a la administración para pactar dichas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Así mismo, la norma establece que las entidades podrán prescindir de la utilización de estipulaciones excepcionales en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia y en los contratos interadministrativos, de empréstito, de donación, de arrendamiento y de aquellos que tengan por objeto actividades comerciales, industriales, científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales”.

⁴⁶⁸ Osorio Moreno, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?. Op, cit. Pp 103-104.

principio de la autonomía de la voluntad, sino como concreción del poder imperativo propio del Congreso, porque de lo contrario, tendrían la facultad los sujetos contratantes de decidir la inclusión de esas *cláusulas*, en otros tipos contractuales, e inclusive, en los denominados atípicos, en aplicación integral de la autonomía de la voluntad, sin estar atados, exclusivamente, al listado de contratos enunciados por la ley⁴⁶⁹.

De esa manera, se ha sostenido que las competencias excepcionales, antes denominadas exorbitantes, no encuadran dentro del concepto de cláusula, debido a que no corresponden a un producto de creación voluntaria de las partes de un contrato, sino que, por el contrario, son mandatos imperativos previamente definidos por el legislador, que materializan el principio de legalidad y hacen nugatorio el principio de la autonomía de la voluntad, dentro del contenido del negocio jurídico público⁴⁷⁰.

10. Terminación unilateral –Nulidad absoluta del contrato estatal: la justificación de esa diferenciación?.

Respecto del control de legalidad del contrato estatal en sede administrativa, la Ley 80 de 1993 (inciso segundo, artículo 45⁴⁷¹), consagra la terminación unilateral del contrato estatal por determinadas causales.

La terminación unilateral del contrato corresponde más a un imperativo legal, que a una facultad o discrecionalidad de la entidad estatal; bajo el entendido, que como se regula en la norma referida, el representante legal *“deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el*

⁴⁶⁹ Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, expuso: “...Es por ello que de la lectura del texto anterior, (art. 14 de la Ley 80 de 1993) se tiene que el contrato de consultoría no está contenido en ninguno de los grupos identificables a partir de la citada regulación normativa, esto es: i) en los que se entienden pactadas las cláusulas exorbitantes; ii) en los que las partes pueden estipularlas expresamente, y iii) en los que no resulta o deviene procedente su estipulación, por expresa prohibición legal. En consecuencia, frente a un número plural de contratos estatales de diversa índole, no existe regulación expresa por cuanto no se encuentran mencionados en el citado artículo 14 ibídem. En esa perspectiva, la autonomía de la voluntad, entendida esta última como uno de los principios básicos del liberalismo moderno, no puede transgredir los postulados legales...” (Consejo de Estado, Exp.35827).

⁴⁷⁰ Osorio Moreno, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?. Op, cit, Pp. 105

⁴⁷¹ “En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”, estos son: - Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; -. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal y -se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

estado en que se encuentre”, cuando advierta la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁴⁷².

Obsérvese que por mandato legal, se consagró un control de legalidad del contrato estatal, en sede administrativa, pero bajo la aplicación de “*causales de nulidad absoluta*” (que se definen en sede judicial)⁴⁷³.

La anterior situación ha conllevado que por vía jurisprudencial, se haya intentado delimitar y diferenciar, las figuras de “*terminación unilateral del contrato con fundamento en causales de nulidad absoluta*”, de la propia “*nulidad del contrato*”.

10.1. Línea Jurisprudencial: Diferencia entre Nulidad Absoluta – Terminación Unilateral del Contrato

Para el H. Consejo de Estado, aunque ambas instituciones tengan como causa la misma hipótesis normativa (la configuración de causales de nulidad absoluta del contrato), se diferencian sustancialmente y no pueden confundirse, ni asimilarse, en cuanto a su naturaleza y efectos, así:

a) Desde el punto de vista de la autoridad u órgano que asume competencia, es claro que “*mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato*”⁴⁷⁴. Así las cosas,

⁴⁷² Cfr. Ibáñez Carlos Miguel. Resolución por incumplimiento. Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2006.

⁴⁷³ Cfr. Jerez Delgado Carmen. La anulación del contrato. Civitas. 2008.

⁴⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 15599, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Se trata de una presuposición que, por lo manifestado en pronunciamientos de la anterior década, se vislumbra como un criterio no pasible de debate o discusión. Véase especialmente, de la Sección Tercera, la sentencia de 10 de julio de 1990, Rad. 5782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, en la que se lee la siguiente enfática consideración: “La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia”. Con fundamento en esta sentencia, el 1º de diciembre de 1999, al Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emite el concepto No. 1230, según el cual “debe advertirse que la administración carece de competencia para declarar la nulidad, total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato celebrado por una entidad estatal. Su declaratoria es materia de competencia de la autoridad judicial (CCA, arts. 87 y 136, núm. 10, letras e y f). Materia diferente es que la existencia de algunas de las causales establecidas por la ley para provocar la nulidad del contrato estatal, impongan a la administración el deber legal de darlo por terminado, hecho que debe ser cumplido por ésta tan pronto tenga certeza jurídica y fáctica de la configuración de las causales de nulidad que obligan a la terminación, sin

se tiene que la primera, en tanto decisión unilateral adoptada por la administración, constituye un *acto administrativo*, pasible por ende de control de legalidad a través de la respectiva acción de nulidad de carácter contractual; por el contrario, “*la declaratoria de nulidad absoluta*”, corresponde a una decisión de naturaleza judicial, a la cual no le son aplicables los controles y revisiones que, por regla general, proceden frente a los actos administrativos y, además, estará acompañada de los efectos propios de la “*cosa juzgada*”⁴⁷⁵.

b) Con relación a las causas jurídicas o normativas, que fundamentan uno y otro control de legalidad del contrato, es fácil señalar que la terminación procede solamente por unas específicas, expresas y determinadas causales, (las consagradas en los numerales 1, 2, y 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1993);⁴⁷⁶ mientras que el control por vía de “*nulidad absoluta*”, encuentra fundamento en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.), o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del aludido artículo 44 del estatuto de contratación estatal.

c) En cuanto a la finalidad que buscan cumplir, es del criterio la alta Corporación, que el propósito de la terminación unilateral, se circunscribe a la extinción anticipada de un determinado contrato estatal, “*sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato*”⁴⁷⁷. Es

perjuicio del ejercicio de la acción contenciosa pertinente incoada incluso por parte de la misma administración, toda vez que al ser parte del contrato está revestida de legitimidad para su ejercicio, al poder ser alegada la nulidad absoluta por las partes contratantes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona interesada, o declarada de oficio”.

⁴⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 15599, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, citada antes. Las citas jurisprudenciales subsecuentes se extraen también de esta sentencia, en tanto la misma contiene un estudio que por su extensión y minuciosidad, reiterado en recientes pronunciamientos de la misma Sección (sentencia de 15 de octubre de 2008, Rad. 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, y, sentencia de 29 de agosto de 2007, Rad. 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez), sirve como base para identificar cual es en esta materia la línea en que se orienta el análisis de la alta Corporación.

⁴⁷⁶ Según estos numerales, son nulos absolutamente los contratos estatales, cuando: “1º. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; [...] 4º. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; [...]”.

⁴⁷⁷ Ahora bien, en la sentencia de 15 de octubre de 2008, Rad. 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, se manifiesta que “la razón de ser de la terminación unilateral del contrato que prevé el artículo 45 de la ley 80, debe entonces buscarse en los fines que orientan la contratación estatal, particularmente en el deber de satisfacer el interés público; de manera que, si

una medida que se fundamenta, “*en la necesidad de evitar que la entidad ejecute o continúe con la ejecución de un contrato que está afectado por vicios graves de invalidez*”⁴⁷⁸.

La nulidad absoluta, en cambio, tiene por objeto “*eliminar o expulsar del mundo jurídico el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de todos sus efectos*”⁴⁷⁹; lo anterior, en tanto se evidencia la existencia de vicios graves “*que afecta el contrato y que dice relación con su ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección*”⁴⁸⁰. Así, para su declaración, se efectúa la verificación de las condiciones, requisitos y elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato.

d) En este orden de ideas, se ha sostenido, que mientras la terminación unilateral sólo puede tener lugar en tanto el contrato se encuentre vigente (siendo lógico que no es posible darlo por terminado cuando previamente ya ha sido finalizado), la nulidad absoluta (entiéndase *declaración judicial* de nulidad absoluta), “*perfectamente puede adoptarse y solicitarse, con posterioridad a la terminación del mismo*”⁴⁸¹.

e) Sin desconocer lo anterior, la diferencia crucial parece derivarse, del efecto que una y otra figura tienen en el ámbito temporal: “*en firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, ex nunc, mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta (...) tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido; es decir, que*

el contrato está incurso en cualquiera de los vicios a que aluden las causales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la ley 80, el propio interés público impone su inmediata terminación, en acatamiento de las aludidas condiciones de ley”.

⁴⁷⁸ *Ibídem.*

⁴⁷⁹ *Ibídem.*

⁴⁸⁰ *Ibídem.*

⁴⁸¹ *Ibídem.*

está llamada a generar efectos, ex tunc” ; en aplicación, en este último caso, de lo consagrado en el artículo 1746 del Código Civil⁴⁸².

Quiere decir lo anterior, que en la declaración de nulidad absoluta “*el vínculo contractual desaparece desde la fecha en que el contrato se perfeccionó*”; por el contrario, en la terminación unilateral, por tener efectos hacia el futuro (a partir de la ejecutoria del acto administrativo respectivo), “*las consecuencias jurídicas del contrato hasta allí producidas se mantienen y queda el contrato en estado de liquidación*”⁴⁸³.

Entendido así el efecto de cada una de las figuras examinadas, se afirma también que “*la terminación unilateral del contrato no produce las restituciones mutuas y no está sometida a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80*”⁴⁸⁴. Lo anterior, por cuanto se considera que lo normado en dicho artículo, sólo se refiere a los efectos de la “*nulidad absoluta del contrato*” que, como se viene diciendo, sólo es declarable judicialmente.

f). Ahora bien, dado que la posición jurisprudencial referida, parte de considerar la terminación unilateral como un instituto que, por fuera de finalizar anticipadamente el contrato, ningún efecto adicional ostenta, por carecer de la virtualidad de expulsar o remover del ordenamiento jurídico el contrato, se concluye que tal decisión administrativa “*no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que cualquiera de los titulares de la acción contractual pueda demandar, simultánea o sucesivamente, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de ese mismo contrato*”⁴⁸⁵.

⁴⁸² Dispone la citada norma en su primer inciso: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. (...)”.

⁴⁸³ Así se manifiesta en sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, del 15 de octubre de 2008, Rad. 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁸⁴ El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, consagra lo siguiente: “La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

⁴⁸⁵ Sentencia de 2 de mayo de 2007, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 15599, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

Lo anterior, particularmente, porque si bien “*el jefe o representante legal de la entidad contratante examina y verifica la existencia de los mismos elementos fácticos que dan lugar a la configuración de las causales de nulidad absoluta previstas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, lo cierto es que él no realiza un examen acerca de la validez del contrato, ni su pronunciamiento tiene alcances o efectos sobre esos aspectos reservados al juez del contrato*”⁴⁸⁶.

Se entiende entonces, que la posibilidad jurídica de ejercer el derecho de acción (a pesar de la existencia de un acto administrativo de terminación unilateral del contrato), para provocar la declaratoria de nulidad del contrato, busca disolver retroactivamente el vínculo contractual y obtener así las restituciones mutuas que no de otro modo podrían obtenerse⁴⁸⁷.

11. Liquidación del contrato: principales controversias

El marco normativo de la contratación estatal, con la finalidad de tener certeza en las relaciones jurídico-negociales de la administración, además del régimen de terminación y extinción de los contratos estatales, consagra un régimen de liquidación de estos con idéntico fin, esto es, proporcionar seguridad jurídica a las relaciones crediticias de la administración, como lo ha dicho la jurisprudencia administrativa⁴⁸⁸, “*solo hasta la etapa de liquidación del contrato concluye el negocio jurídico, puesto que hasta entonces existen obligaciones pendientes que debían resolverse, con el propósito de hacer el ajuste de cuentas necesario*”⁴⁸⁹.

Dentro del régimen de contratación estatal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, existen tres

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de fecha 15 de octubre de 2008, Rad. 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁸⁸ Ver entre otras sentencias del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; trece (13) de septiembre de (1999); Radicación número: 10264.

⁴⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 8 de septiembre de 2005, Expediente 25.927, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra.

posibilidades de liquidación de los contratos: 1) bilateral o de común acuerdo⁴⁹⁰; 2) unilateral y, 3) judicial.

La jurisprudencia, ha reiterado que *“la liquidación suscrita sin reparo es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en el cual se define quién debe y cuánto. Como es lógico, es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en toda su integridad”*⁴⁹¹.

De igual manera la doctrina ha sostenido, que la *“liquidación del contrato tiene como propósito hacer un ajuste final de cuentas y de finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes o de declararse a paz y salvo, según el caso. Con la liquidación del contrato el circuito negocial queda terminado y cerrado definitivamente en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones que se*

⁴⁹⁰ En relación con la liquidación bilateral de los contratos estatales y, específicamente de las constancias dejadas por las partes en ella, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en el sentido de que, cuando se ha suscrito una liquidación bilateral que en principio soluciona todas las controversias entre las partes en cuanto a la ejecución del contrato, la posibilidad de ejercer la acción contractual nace a partir de que alguna de las partes haya dejado expresamente salvedades o inconformidades con alguno de los aspectos de la liquidación bilateral.

Un examen más completo y detallado sobre la hipótesis relativa a la procedencia de reclamaciones judiciales con posterioridad a la liquidación bilateral del contrato, ha sido realizado por esta Sala en decisiones precedentes. Ver, por ejemplo, sentencia de 12 de junio de 2008, Exp. 2002-0595, M.P. Juan Carlos Garzón Martínez. Sobre el análisis de diversas sentencias del Consejo de Estado que estudian esta temática (especialmente las de: 25 de noviembre de 1999, Rad. 10873, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 6 de julio de 2005, Rad. 14113, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 16 de febrero de 2001, Rad. 11689, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, y, 29 de agosto de 2007, Rad. 14854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez), se manifestó lo siguiente en dicha providencia: «La liquidación bilateral del contrato, es el acto jurídico mediante el cual las partes efectúan de mutuo acuerdo el balance o corte de cuentas definitivo respecto de las obligaciones a cargo de las partes, estableciendo si alguna de ellas debe algo a la otra y de ser así, a cuánto asciende el monto adeudado. Es así como se ha aceptado que el acta de liquidación bilateral, comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado tiene fuerza vinculante para las partes conforme lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil. Es la razón por la que una vez el contrato ha sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral no puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), o que en el mismo momento de su suscripción se hayan plasmado en su contenido las salvedades de alguna de las partes para expresar su inconformidad con respecto a los valores expresados o porque considere que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta. Sólo en estos casos es viable la reclamación judicial con fundamento en el acta de liquidación bilateral. Igualmente No obstante, en el último de los eventos enunciados (salvedades dentro del acta de liquidación bilateral), es claro que las objeciones formuladas, deben cumplir la exigencia de ser claras, concretas y específicas, de manera que identifiquen los motivos precisos de inconformidad y se defina en ese mismo momento el futuro procesal de los reclamos posteriores dado el carácter de disposición de intereses definitivo en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que envuelve este acto. No basta una formulación genérica de la inconformidad; por el contrario, es indispensable la absoluta claridad para concluir la relación negocial (ya sea expresando un pleno acuerdo o subsistiendo diferencias entre las partes). De esta manera, la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de suscribir la liquidación bilateral del contrato. Sobre las demás materias, respecto de las cuales no realice observación alguna, expresando así su acuerdo, no cabe reclamación alguna en sede judicial (la jurisprudencia alude en este punto a la teoría de los “actos propios”, bajo el entendido que “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual tiene sustento en el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas).» Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2005, Expediente 15.667, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado, sentencia de 5 de marzo de 2008, Rad. 16850, C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, sentencia de 5 de marzo de 2008, Rad. 16850, C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia de 16 de febrero de 2001, Rad. 12660.

⁴⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de octubre de 1980, Expediente 1960, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo.

derivan del contrato para las partes, lo que implica la extinción definitiva del vínculo contractual y la certeza a cerca del pasado y futuro del contrato, con lo cual inexistente será el limbo en que permanecen aquellos que no son liquidados.

Finalizada la ejecución del contrato o extinguido el vínculo, según el caso, las partes deben proceder a liquidar el contrato. Para el efecto se hará una evaluación acerca de su ejecución y de los pagos realizados al contratista. Debemos advertir que esta evaluación no se inspira en el propósito de inferir responsabilidad contractual por el incumplimiento de las obligaciones sino en el deseo de examinar la ejecución frente a los pagos y si acaso preparar el camino para una ulterior reclamación. Es decir, que la liquidación en sí misma no está instituida para soportar y contemplar juicios de valor sobre incumplimientos para obtener por ese camino y de manera directa las indemnizaciones a que haya lugar. Se trata simplemente de efectuar un recuento cronológico sobre la ejecución y, en caso de ser necesario, de dejar las constancias que a bien se tenga.

Bajo tal perspectiva, el análisis realizado en un plano teórico ideal, debería evidenciar el cabal cumplimiento del contrato y el pago íntegro al contratista, lo que dará lugar a la declaratoria de paz y salvo⁴⁹².

En igual sentido se sostiene⁴⁹³: que la liquidación de los contratos estatales es el acto jurídico mediante el cual las partes, o unilateralmente la administración, fijan la manera en que se ejecutó el contrato y determinan qué derechos y obligaciones correspondían a los co-contratantes y qué sumas líquidas de dinero debían pagarse o cobrarse en forma recíproca, así como la manera en que se ejecutaron o la forma en que se deberán ejecutar tales prestaciones. Como bien lo dice el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en la

⁴⁹² Luis Guillermo Dávila Vinueza. Régimen jurídico de la contratación estatal, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2003, pp. 555, 559 y 560.

⁴⁹³ La liquidación del contrato, "es el corte final de cuentas entre los contratantes, en virtud del cual (ya sea que se adopte bilateral o unilateralmente), se establecen, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno, es decir, tiene por finalidad *definir quién debe a quién y cuánto*. Su contenido, por consiguiente, corresponde a un balance descriptivo y cuantitativo respecto de la ejecución de cada una de las prestaciones que surgieron a cargo de las partes por virtud del contrato" Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 14 de febrero de 2002, Rad. 13238, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

liquidación las partes deberán acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar⁴⁹⁴.

De conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran, deben ser objeto de liquidación, en primer lugar, bilateral y luego unilateral, en caso de imposibilidad de suscribir un acta de liquidación de común acuerdo. La fórmula contenida en la citada norma se traduce en la práctica en que la mayoría de los contratos que suscribe y perfecciona la administración deben ser liquidados. La liquidación unilateral, si bien no tiene la naturaleza de cláusula excepcional, si es una auténtica prerrogativa del poder público dentro del contrato estatal, por consiguiente, resulta violatorio del orden jurídico, que mediante una estipulación contractual se limite ésta potestad administrativa contractual⁴⁹⁵.

La obligación de liquidar los contratos estatales, se justifica en primer lugar, a efectos de tener certeza de las finanzas estatales que se emplean en la ejecución de los compromisos mediante los cuales se ejecuta el presupuesto, como lo es la contratación estatal⁴⁹⁶; de igual manera hay una justificación de orden lógico, en el sentido, que las entidades estatales solamente pueden iniciar procedimientos de selección de contratistas, si se cuenta con disponibilidad presupuestal (numeral 6⁴⁹⁷ del artículo 25 de la Ley 80 de 1993), resulta igualmente lógico que al finalizar el contrato la respectiva entidad pública debe tener certeza del presupuesto que fue efectivamente invertido en la ejecución de aquél; de igual manera la misma seguridad jurídica justifica la liquidación de la relación contractual pública, tal como ha sido reconocido por la Corte Constitucional⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ Expósito Vélez, Juan Carlos. La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Revista Digital de Derecho Administrativo. Núm. 1. 2009. Universidad Externado de Colombia. Pp. 4 y 5.

⁴⁹⁵ *Ibidem*. Pp. 6.

⁴⁹⁶ Ver en Gaspar Ariño Ortiz. Principios de derecho público económico, Granada, Comares, 1999, Pp. 33, y Roberto Dromi. Licitación pública, Op, cit, Pp. 31.

⁴⁹⁷ "Las entidades estatales abrirán licitaciones iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales".

⁴⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-360 de 1999, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

No existe en consecuencia discusión alguna respecto a la justificación y a la obligación de liquidar los contratos, sin embargo, si se presenta respecto a: (i) tipología de contratos que requieren de liquidación⁴⁹⁹; (ii) contenido de la liquidación; y (iii) oportunidad o plazo para la liquidación de los contratos.

11.1. La liquidación y el contrato estatal

En primer lugar, si bien la liquidación se refiere de manera general al contrato estatal, se ha venido discutiendo la modulación de esa obligación respecto de los contratos realizados por las entidades administrativas cuyo régimen jurídico es de derecho privado; bajo el entendimiento que al existir ese régimen jurídico su consecuencia es la eliminación de prerrogativas de poder público; por consiguiente salvo, que se haya “*contractualizado*” esa prerrogativa (pliego de condiciones- cláusula contractual), en ese tipo de contratos, solamente procedería la liquidación bilateral y en su ausencia, la liquidación ante el juez del contrato.

Igualmente se argumenta que la liquidación de los contratos estatales marcan una diferencia sustantiva respecto a los contratos celebrados entre particulares y por eso, si el régimen es de naturaleza privada y la relación contractual entre particulares no requiere liquidación, consecuentemente los contratos estatales, cuyo régimen es de naturaleza privada, celebrados por el Estado, tampoco requerirían de liquidación⁵⁰⁰.

El debate entonces, gira en torno a si la naturaleza del régimen jurídico aplicable a un contrato estatal, determina la etapa de liquidación; por cuanto en estricto sentido, bien puede proceder la liquidación bilateral y judicial y solamente está restringida o limitada la liquidación de naturaleza unilateral.

⁴⁹⁹ Señala el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 “*Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieren, serán objeto de liquidación...La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*”.

⁵⁰⁰ José María de Solas Rafecas. Contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, Madrid, Tecnos, 1990, Pp. 24.

11.2. Contenido de la liquidación de los contratos estatales

De la lectura de la normativa que regula el tema de la liquidación (artículo 60 Ley 80 de 1993), se han desprendido varios criterios que marcan una interpretación diferente respecto al contenido de la liquidación del contrato estatal: **(i)** se puede aceptar una corriente amplia que propugna por la inclusión de todo lo alusivo al contrato en el acto o acta de la liquidación del contrato; **(ii)** otra corriente estricta o restrictiva, que considera que ella solo comprende lo relativo al contrato y las prestaciones que se derivan de él⁵⁰¹

Según la teoría amplia, además de ese corte de cuentas, sobre el estado económico del contrato, se sostiene que igualmente en la liquidación los contratantes “*acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar*” y en ella “*constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo*”; bajo ese marco normativo (artículo 61 Ley 80 de 1993), se sostiene que la liquidación y más exactamente la de naturaleza bilateral, constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos, puesto que con su celebración, las partes aceptan que se han reconocido todas las sumas de dinero que existan, pendientes para cada una de ellas; de tal manera que se ponga fin a las controversias que se suscitaron en la ejecución de contrato y puedan declararse las partes a paz y salvo⁵⁰².

Por el contrario, la teoría estricta o restrictiva considera que la liquidación, solamente se puede referir o contener “*las prestaciones y contraprestaciones pactadas en el contrato*”, esto es, las referidas a la ejecución de las obligaciones que surgen a cargo de cada una de las partes; aparte de estos extremos, sólo es factible dentro de su contenido lo referido a la cláusula penal pecuniaria o a las multas impuestas⁵⁰³.

⁵⁰¹ Señala el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 “*También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimiento a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.*”

⁵⁰² Expósito Vélez, Juan Carlos. La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Op, cit, Pp. 16

⁵⁰³ Hernández Silva, Aida Patricia. La liquidación del contrato estatal. Pp.497. En Benavides, José Luis; SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Editores. Contratación Estatal- Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. 1ª Edición. Universidad Externado de Colombia.2009.

Desde nuestra propia visión, podemos sostener que el contenido de la liquidación del contrato, depende de la modalidad que se utilice; es decir, bilateral o unilateral. En ese orden de ideas, si se trata de una liquidación bilateral, es claro que por su naturaleza de acuerdo de voluntades, las partes contratantes pueden acordar diferentes supuestos económicos relacionados con la actividad contractual (responsabilidades, pago a terceros, indemnizaciones a tercero por la actividad contractual, etc.) por el contrario, si se trata de una liquidación unilateral, al ejercer esa potestad, la entidad contratante, no puede consagrar aspectos relacionados con la responsabilidad del contratista que no se hayan previamente definido dentro de la actividad contractual.

11.3. Oportunidad o plazo para la liquidación de los contratos

Respecto a la oportunidad para liquidar los contratos estatales, ha de mencionarse que la misma, con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, se encontraba limitada a la obligación que tenían las partes de liquidar el contrato de mutuo acuerdo y, en caso de que no se pudiera llegar a un acuerdo, la administración debía hacer uso de la potestad de liquidarlos unilateralmente.

Dentro de ese contexto, jurisprudencialmente el Consejo de Estado consideró que un término "*plausible*" o prudencial para que se liquidara el contrato de común acuerdo, era el de cuatro (4) meses: (i) dos (2) meses a partir del vencimiento del término de ejecución del contrato, para que el co-contratante de la administración aportara la documentación requerida para la liquidación y, (ii) dos (2) para que el trabajo se realizara bilateralmente o de mutuo acuerdo. Vencido este plazo, la administración debía proceder a la liquidación unilateral mediante acto administrativo debidamente motivado⁵⁰⁴.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, el legislador en el artículo 60, señaló el término para liquidar los contratos estatales y a falta de estipulación expresa, la ley dispuso que las partes, contarían con un término de cuatro (4) meses para liquidar de forma bilateral

⁵⁰⁴ Ver entre otras providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 8 de agosto de 1995, Expediente 3.158, C. P.: Jorge Valencia Arango; 10 de septiembre de 1987, Expediente 3.711, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo; 29 de enero de 1988, Expediente 3.615, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo; 11 de febrero de 1988, Expediente 4.255, C. P.: Julio César Uribe Acosta, y 23 de julio de 1992, Expediente 6.953, C. P.: Daniel Suárez Hernández.

los contratos estatales⁵⁰⁵. Ahora bien, si el término de los cuatro meses a que se refiere el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 vencía sin que las partes hubieran podido llegar a un acuerdo sobre la liquidación bilateral o sin que el contratista siquiera concurriera a su práctica, de conformidad con lo dispuesto por el literal d) del artículo 44 (inc. 10.º) de Ley 446 de 1998, la administración contaba con un término de dos meses para liquidar de manera unilateral el contrato.

Como puede observarse, de todas maneras, surgía el interrogante relacionado con la liquidación del contrato, en los eventos en que no se realizaba dentro de las oportunidades indicadas con anterioridad. Por vía jurisprudencial se consideró, que a pesar que en esos seis (6) meses no se liquidara el contrato estatal, las partes ni la administración perdían la posibilidad de liquidar el mismo; es decir, los términos establecidos no tenían la naturaleza de perentorios o preclusivos⁵⁰⁶.

Posteriormente, la Ley 1150 de julio 16 de 2007 derogó expresamente el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, y subrogó el artículo 60 *Ibidem*,; y en su artículo 11 consagró en una sola normativa el plazo para la liquidación: “...*Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A....*”

Por consiguiente con base en la anterior evolución normativa: (i) el plazo de liquidación está dentro de la autonomía de las partes contratantes para estipularlo; básicamente en los pliegos de condiciones; (ii) ante la ausencia de manifestación de voluntad, la ley de

⁵⁰⁵ Los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fiado e los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para tal efecto. De no existir término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) eses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordena la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga”.

⁵⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, Expediente 14.384, C. P.: Ricardo Hoyos Duque. En virtud del principio de responsabilidad y de la autonomía de la voluntad que caracteriza a los contratos estatales dentro de la concepción de la Ley 80 de 1993, las partes pueden liquidar el contrato de común acuerdo o la administración de manera unilateral hasta el vencimiento del término de caducidad de la respectiva acción contractual, el cual, de conformidad con el inciso 10 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, es de dos años contados a partir del vencimiento del término indicativo de seis meses para realizar la liquidación del contrato. Las partes pierden la oportunidad de liquidar bilateral o unilateralmente el contrato cuando se notifica a la parte demandada el auto admisorio de la demanda cuya pretensión sea la liquidación judicial del contrato, ya que, en ese caso, será el juez del contrato quien tendrá la competencia para liquidar judicialmente el contrato.

manera supletoria consagra el término de cuatro (4) meses para liquidarlo bilateralmente; (iii) sino se logra la liquidación de naturaleza bilateral, la administración lo liquidará de manera unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes. Frente a la problemática relacionada con la expiración de estos términos y la ausencia de liquidación, la citada disposición normativa, consagra expresamente, (iv) que la liquidación puede ser realizada en cualquier tiempo, dentro de los dos (2) años siguientes; es decir, dentro del término de caducidad de la respectiva acción contractual.

Por último, el artículo 141 del denominado CPACA (Ley 1437 de 2011), frente a la oportunidad para la liquidación del contrato, consagró igualmente: “... *Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la Ley.*”

11.4. La competencia para liquidar el contrato: sede administrativa – sede judicial⁵⁰⁷

La Ley 1437 de 18 de enero de 2011, nos invita a estudiar otro debate procesal, que guarda relación con la competencia que tienen las autoridades para liquidar el contrato estatal en sede administrativa; por ello es relevante reiterar, como en vigencia del Código anterior (Decreto 01 de 1984), coexistían dos normas que definían: i) la competencia para liquidar el contrato –artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (subrogado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007)-; y ii) la oportunidad procesal para ejercer la pretensión de controversias contractuales –literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA-. No obstante estas dos normas se debían interpretar armónicamente, habida cuenta, que extendieron la competencia de la administración para liquidar el contrato incluso hasta antes que operara el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Sobre esta temática ver Garzón Martínez, Juan Carlos. El nuevo proceso Contencioso Administrativo: Sistema Escrito-Sistema Oral. Debates Procesales (Ley 1437 de 2011). Pp. 312 a 318. Editorial Doctrina y Ley. 2014.

⁵⁰⁸ Ver al respecto: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Mérida Valle de La Hoz; trece (13) de abril de dos mil once (2011); Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03040-01(18878) “Una vez analizada esta Jurisprudencia se debe precisar, que si bien es cierto que el plazo otorgado por la Ley de cuatro meses o el que se haya convenido por las partes para la liquidación de los contratos no es perentorio, no es menos cierto que éste se pueda volver perpetuo o indefinido en el tiempo, pues mal podría la administración conservar vínculos de índole contractual con personas naturales o jurídicas, que ya hayan cumplido con el objeto del contrato, se haya finalizado la

La interpretación de estas dos normas llevó a sostener, que si la administración no realizaba la liquidación bilateral o unilateral del contrato, no perdía competencia para realizar la liquidación del contrato en cualquier tiempo, antes de que operara la caducidad de la acción, o, en su defecto, antes de que fuera notificada del auto admisorio de la controversia contractual respectiva.

Esta interpretación generó ciertas dificultades de orden sustancial y procesal, por cuanto a la administración se le amplió la competencia para liquidar el contrato, inclusive dentro del término de caducidad de la acción, circunstancia que generó inseguridad jurídica, toda vez que el contratista quedaba a la espera de que la administración liquidara el negocio jurídico; y, en algunos eventos, liquidaba el contrato después de ser convocada la autoridad a la audiencia de conciliación prejudicial, y en otros, el contrato se quedaba sin liquidar.

Con la entrada en vigencia del Nuevo Código Contencioso el legislador en el artículo 141 consagró la siguiente norma: “...Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la Ley...”

El interrogante que se presenta es: ¿si el artículo 141 del CPACA limitó la competencia de la administración para liquidar el contrato estatal después de agotadas las etapas de liquidación unilateral y bilateral? La respuesta es afirmativa, por las siguientes consideraciones:

labor contratada o ejecutado la obra o las concesiones, entre otros, sin que nunca se rompa la relación jurídica que surgió con ocasión del contrato., tal como ha acontecido en el caso de autos.

La norma es clara en el sentido de precisar que si transcurrió el término de dos años y la liquidación del contrato no se ha efectuado ni bilateral ni unilateralmente, la administración pierde competencia; pero ante este hecho, surgen dos situaciones a tenerse en cuenta: (i) Si a pesar de haber transcurrido los cuatro meses que otorga la Ley o cualquier otro tiempo que haya sido estipulado por los contratantes más dos meses para la liquidación del contrato, y ésta no se ha efectuado ni de mutuo acuerdo ni por parte de la administración, siempre y cuando no se demande ante el juez competente y se notifique a la contraparte de tal actuación, la administración durante el tiempo de caducidad de la acción, es decir de los dos años, conserva competencia para liquidar. (II) Si la administración no liquida unilateral o bilateralmente, dentro del término legal o convencional, el contratista puede obtener la liquidación a través del juez competente, siempre y cuando así lo solicite dentro del término de dos años que es la caducidad de la acción y tan pronto a la administración se le notifique el auto admisorio de la demanda, ésta pierde competencia para proceder a la liquidación unilateral del contrato.”

Es relevante tener en cuenta que la pretensión de liquidación del contrato, es una pretensión pública, habida cuenta que los extremos jurídico negociales acuden al juez del contrato para que definan la situación económica del contrato, de ahí que se sostenga que en estos casos no existe un demandante ni un demandado, por cuanto el conflicto se centra en realizar un balance económico del contrato, no en definir la prosperidad de una pretensión, dado que al juez no le es dable negar las pretensiones de la demanda, sino, conforme a los antecedentes administrativos, definir quién le debe a quién.

El nuevo código -como se indicó anteriormente- consagró expresamente la pretensión de liquidación del contrato y, de igual forma, estableció la oportunidad procesal para ejercerla, la cual no es otra, que al agotarse en sede administrativa la liquidación bilateral y unilateral, es decir, el legislador limitó la competencia de la administración para liquidar en sede administrativa el contrato dentro del término de caducidad de la acción.

En otros términos, si la administración y el contratista no liquidan bilateral o unilateralmente el contrato, la administración pierde la prerrogativa de hacerlo con posterioridad, toda vez que, culminado el procedimiento administrativo de liquidación del contrato nace el derecho de acción de los extremos jurídico negociales, y por ende, el juez natural adquiere la competencia para realizar la liquidación judicial del contrato.

En este punto de la argumentación se quiere precisar que no tiene coherencia que coexistan dos competencias para liquidar el contrato: i) el de las partes contratantes - bilateral o unilateralmente- ; y, ii) el del juez del contrato, por cuanto esta diversidad de competencias crea inseguridad jurídica en una etapa contractual en que debe quedar definido lo antes posible, por tratarse de un aspecto eminentemente económico.

Así, el nuevo código presenta una solución a esa diversidad de competencias, y por consiguiente, los extremos jurídico negociales tienen un plazo perentorio que además es preclusivo para realizar la liquidación bilateral o unilateral del contrato –según el caso-,

cumplido ese plazo, pierden competencia, y nace el derecho de acción otorgándole la competencia exclusiva al órgano judicial para liquidar el contrato.

Esta argumentación, conlleva por supuesto a sostener que el artículo 141 del CPACA derogó tácitamente el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (subrogado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), el cual había ampliado la competencia de la administración para liquidar el contrato dentro del término de caducidad de la acción, por cuanto el nuevo estatuto se encargó de unificar todas las normas procesales que se encontraban en diferentes leyes, y precisamente esta normativa modificó y limitó el ejercicio del derecho de acción frente a la pretensión de liquidación del contrato.

Ahora bien, posteriormente el legislador derogó la competencia amplia para liquidar el contrato estatal inclusive dentro del término de caducidad de la acción, toda vez que mediante el artículo 217⁵⁰⁹ del Decreto 19 de 10 de enero de 2012⁵¹⁰ se eliminó la expresión *'Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.'* que fue consagrada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, las partes pierden competencia para liquidar el contrato una vez se cumplan los plazos de la liquidación bilateral o unilateral; lo anterior no solamente se

⁵⁰⁹Artículo 217. De la Ocurrencia y Contenido de la Liquidación de los Contratos Estatales. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

"Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para evitar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión."

⁵¹⁰Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Se precisa que este Decreto fue expedido con fundamento en la competencia otorgada en el parágrafo 1 del artículo 75 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011 el cual preceptúa: *"Parágrafo 1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de seis meses, contados a partir de la fecha de la publicación de la presente Ley, expida normas con fuerza de Ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública."*

traduce de la recta interpretación del artículo 141 del CPACA, sino además, por la modificación consagrada por el artículo 217 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.

Si bien, se han demostrado las diferentes problemáticas de orden sustancial, relacionadas con la actividad contractual pública, a continuación de manera específica, se abordará otro de los grandes problemas que constituyen igualmente otro supuesto de la “*crisis de la actividad contractual pública*”, como lo es, la relacionada con la política legislativa y reglamentaria en esta materia.

Capítulo Tercero

La política legislativa y reglamentaria: una causa más de la crisis de nuestra actividad contractual pública

La finalidad de este capítulo, radica en: **(i)** demostrar cómo se ha ejercido la política legislativa en materia relacionada con los contratos que celebra la administración pública, lo cual permitirá de entrada ubicar cómo el ordenamiento jurídico interno ha aceptado las diversas teorías que se han desarrollado respecto a la contratación pública y sus propias evolución. **(ii)** De igual manera, es necesario contextualizar los aspectos relacionados con la denominada “*facultad reglamentaria*” en materia de la contratación pública; así como, el control constitucional y legal de la respectiva normatividad. **(iii)** Por último, evidenciar la problemática que encierra el ejercicio de esa política en materia legislativa y reglamentaria.

1. Visión general de la ley 80 de 1993

1). Desde una perspectiva constitucional, se entiende que en nuestro Estado Social de derecho, existe prevalencia del interés general⁵¹¹, de igual manera no existe controversia para sostener que la administración pública, acude a la relación contractual, para materializar y desarrollar las políticas públicas y los fines del Estado (no cabe duda que un alto porcentaje del gasto público de inversión, se realiza mediante el instrumento de la

⁵¹¹ Constitución Política de Colombia. “Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

contratación)⁵¹², en ese orden de ideas, el constituyente primario, le otorgó al Congreso la competencia de expedir el Estatuto General de Contratación de la administración pública⁵¹³, y al Presidente de la República la facultad reglamentaria⁵¹⁴.

2). Cuando se revisa la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993⁵¹⁵, se puede concluir que la anterior legislación como bien se expresa en la indicada exposición, constituía, una “*camisa de fuerza*” opuesta a las necesidades tanto del sector público como del privado, pues se trataba de una regulación reglamentaria que impedía la flexibilidad que debe estar presente en el actuar contractual; por esa razón la nueva normativa sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual, como único límite al principio de “*autonomía de la voluntad*”; por consiguiente no se trata de un ordenamiento de tendencia reguladora o casuística.

La Ley 80 de 1993 viene a reaccionar contra la rigidez y el excesivo reglamentarismo que caracterizó al régimen contractual anterior, contenido en el Decreto Ley 222 de 1983 y a responder a las exigencias de los principios constitucionales de economía y eficiencia administrativa; de ahí por qué se le caracterizó como una “*ley de principios*” (autonomía de la voluntad, transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, equilibrio económico) y no de reglas⁵¹⁶.

⁵¹² “Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

⁵¹³ Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

⁵¹⁴ Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa [...]”

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

⁵¹⁵ Se observa que si bien se parte por aceptar que es injusto atribuir todos los males a una determinada legislación, e iluso creer que las leyes por sí pueden lograr el bienestar y los cambios de conducta que requiere la sociedad, se precisa en la exposición de motivos que las realidades que imponen la modificación de la anterior legislación son en esencia: primera, que no deben encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes; la segunda, que no puede prolongarse la vida de unos requisitos y unas exigencias que tan sólo aumentan los costos de los servicios estatales (autorizaciones, revisiones); la tercera, que es necesario dar una mayor autonomía al administrador para que logre cumplir con los fines del mandato entregado, la cuarta, que deben defenderse los derechos del administrado contratista, retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias; y la quinta, que es indispensable hacer de la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata, como del contratista.

⁵¹⁶ Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas; en tal caso, se trata de una distinción dentro de la clase de normas. La tesis fuerte de esa distinción no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo. Las reglas son aplicables en la forma todo o nada; los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos

La primera cuestión que es aún objeto de debate, es diferenciar esa indeterminación de la Ley 80 de 1993, que no exige por regla general el ejercicio de la potestad reglamentaria; de otro tipo de leyes (por ejemplo leyes marco), que para su efectivo desarrollo requieren de la potestad reglamentaria. En otros términos al tratarse de una ley de principios, no se busca, un desarrollo ulterior a través del reglamento, sino, que dada su naturaleza, contiene los lineamientos y criterios que deben utilizar los destinatarios directos de la normativa (partes contratantes: administración – contratista)⁵¹⁷.

La segunda cuestión radica en la desnaturalización de esa categoría de Ley de principios, a causa de las posteriores modificaciones a la Ley 80 de 1993 (Ley 1150 de 2007 y demás normas modificatorias), normativas que han sido recurrentes a otorgar directamente el desarrollo reglamentario de varias de sus disposiciones⁵¹⁸.

Una tercera situación, guarda relación con la expedición de Circulares Externas, Diseño e implementación de manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios, Manuales y Guías para la identificación y cobertura del riesgo, determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública, pliegos de condiciones tipo para la contratación y minutas tipo de contrato y en términos generales para “*expedir cualquier manual o guía que se estime necesaria o que sea solicitada por los partícipes de la contratación pública*”⁵¹⁹, por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública –

posibilidades: (i) ó la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, (ii) o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una y otra decisión. El segundo argumento de distinción radica, en que los principios tienen una dimensión de peso que se muestra cuando existe colisión entre ellos: (i) si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello, quede invalidado el principio con el peso relativamente mayor. (ii) en cambio en un conflicto entre reglas, al menos una debe ser siempre inválida. Ver al respecto: Alexy Robert. La doble naturaleza del derecho. Editorial Trotta. 2016. Pp. 9 – 24.

⁵¹⁷ Benavides, José Luis. Ley y reglamento en contratación pública, en VI Iberoamericano de Derecho Administrativo – VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pp. 981.

⁵¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, radicado. 05001-23-25-000-1994-02027-01 (21324) y sentencia del 10 de septiembre de 2014, radicado 110010326000200800040 00 (35362), hizo el siguiente llamado “...respetuoso al Gobierno Nacional, para que corrija el rumbo en materia de contratación estatal y (...) procure una estabilidad y seguridad jurídica en los reglamentos de esa normativa, ya que a diferencia del objetivo nacional de la Ley 80 de 1993, se está incurriendo, de nuevo, en un excesivo detallismo y una asfixiante reglamentación que hace complejo el proceso contractual para todos sus intervinientes...”(sic).

⁵¹⁹ Ver en este sentido el artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto – Ley 1082 de 2015. Ha de señalarse además, que si bien, se ha venido aceptando que el denominado “Estatuto General de Contratación Pública”, lo conforma de manera esencial la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 (integrado con sus decretos reglamentarios), es importante indicar que igualmente se han expedido las siguientes leyes que guardan relación con la materia contractual pública, sobre situaciones muy puntuales: Ley 361 de 1997 (Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad> y

Colombia Compra Eficiente, que bien pueden entenderse como instrumentos normativos de *Soft Law*⁵²⁰, con la finalidad de reducir la discrecionalidad administrativa de la entidad contratante a causa del carácter principalista de la indicada Ley 80 de 1993⁵²¹; todo sin desconocer que no existe claridad sobre el ejercicio de sus propias competencias, ni la propia naturaleza jurídica de sus manifestaciones de voluntad administrativa.

3). Igualmente se tiene, como ha quedado explicado, que el legislador consagró el concepto de “*contrato estatal*”, pasando de la antigua concepción dual (contratos administrativos, y contratos de derecho privado de la administración), a una concepción orgánica, determinada por la intervención de una entidad estatal de las enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993⁵²², bajo el recto entendimiento que cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas.

Bajo la anterior radiografía estructural, puede sostenerse que las dificultades de la Ley 80 de 1993, se han venido concretando en los siguientes aspectos: a). El primero relacionado, con las controversias sobre si se trataba o no, de un estatuto único de contratación estatal⁵²³; b). El segundo y concordante con lo anterior, se concreta en que

se dictan otras disposiciones); Ley 816 de 2003 (Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública); Ley 905 de 2004 (Por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones); Ley 996 de 2005 (Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones. El Artículo 33 preceptúa: “[...] *Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado*); Ley 1450 de 2011 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014); - Ley 1474 de 2011 (Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública); y, Decreto - Ley 19 de 2012 (Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública).

⁵²⁰ Sarmiento, Daniel. *El soft Law administrativo*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, Pp. 75 y ss. Bajo la categoría soft law se comprende aquí el conjunto de normas jurídicas (por tanto, reglas prescriptivas de carácter general y abstracto) desprovistas de efectos vinculantes, producto de, una actividad administrativa atípica o ajena a sus formas tradicionales.

⁵²¹ En Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo. 2017. Universidad del Externado por Santaella Quintero, Héctor. *El doble nivel vinculante y no vinculante de la reglamentación en la contratación pública*. Pp. 786 a 789.

⁵²² El artículo 32 De la ley 80 de 1993 consagra: “[...] DE LOS CONTRATOS ESTATALES. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]*”

⁵²³ Corte Constitucional. C- 949, de fecha septiembre 5 de 2001, donde por vía constitucional se precisó lo siguiente: (i) La expresión “Estatuto General”, no significa que la regulación del contrato estatal, deba realizarse mediante una tipología legislativa determinada, concretamente, mediante las denominadas leyes estatutarias-leyes marco; sencillamente, no tiene otra connotación que la de reflejar, el querer del constituyente, de que exista un estatuto que regule toda la actividad del estado con arreglo a unos principios universales; (ii) tampoco es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador (art. 150 Constitución Política), a dictar un estatuto contractual, que desarrolle la materia en forma integral y

al aceptar que no es un estatuto único, se generó el denominado “*régimen exceptivo*”, al estatuto general de la contratación, con la finalidad de garantizar que algunas entidades pudieran ofertar en igualdad de condiciones que los particulares, (entre ellas se encuentran: los establecimientos de crédito, prestación del servicio de telecomunicaciones, las empresas de servicios públicos, sector televisión, etc.; c) el tercero, referido a la controversia existente entre una “*normativa estática*” (la Ley), o preferir una “*regulación dinámica*” (facultad reglamentaria), en materia de contratación pública.

4) A continuación se hace necesario, referenciar cual ha sido el control de constitucionalidad de las leyes y de legalidad de los reglamentos, relacionados con la actividad contractual pública (Ley 80 de 1993 – Ley 1150 de 2007 y decretos reglamentarios), con la finalidad de verificar, como ese marco normativo se ha venido ajustando o no a la Constitución.

4.1.) Control constitucional de la Ley 80 de 1993

a). La Corte Constitucional se ha **declarado inhibida**⁵²⁴(por ausencia de requisitos formales de la demanda de inconstitucionalidad), respecto a los siguientes artículos: numeral 7 y 8 del artículo 4; artículos 5 y 14; numeral 4 del artículo 17; inciso primero del artículo 24; literales a), b) , e) del artículo 24; parágrafo 3 del artículo 25; artículo 27; literal 2 del artículo 30, y los artículos 33, 35 y 72⁵²⁵.

casuística; menos aún, puede inferirse, la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo, toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta, hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 fundamental, se habría autorizado al Congreso de la República, para expedir un Estatuto Único para contratación para el Estado, y no, un Estatuto General como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa.

⁵²⁴ Consultar al respecto: Corte Constitucional; M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; 21 de octubre de 2003, Sentencia C-965-03. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 9 de agosto de 2012 sentencia C-620-12. sentencia C-949-01 de 5 de septiembre de 2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.; Sentencia C-645-00 de 31 de mayo de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-721-99 de 29 de septiembre de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencias C-868-99 de 3 de noviembre de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵²⁵ De manera general, estas normas guardan relación con: la repetición contra los servidores públicos y contratistas y terceros responsables; sobre derechos y deberes de los contratistas; medios para el cumplimiento del objeto contractual; la cesación de pagos, concurso de acreedores y embargos judiciales del contratista como causal de terminación unilateral del contrato; causales de selección abreviada; economía y ecuación contractual; elaboración pliego de condiciones; concesión de servicios y actividad de telecomunicaciones y el recurso de anulación, contra el laudo arbitral.

b). La Corte Constitucional, en términos grandes, ha optado por la exequibilidad simple⁵²⁶ de los siguientes artículos: inciso primero del numeral 1 del artículo 2; numeral 1 literal b) del artículo 2; numeral 2 del artículo 2; numeral 2 literal b) del artículo 2; párrafo del artículo 2; numeral 8 del artículo 4; artículo 6 y 7 ; numeral 1 literal d) del artículo 8; numeral 1 literal h) del artículo 8; numeral 1 literal i) del artículo 8; numeral 2 literal b) del artículo 8; artículo 9; numeral 1 del artículo 11; numeral 2 del artículo 11; numeral 3 literal a) del artículo 11; numeral 3 literal b) del artículo 11; numeral 3 literal c) del artículo 11; inciso primero del artículo 12; párrafo del artículo 12; inciso primero del artículo 13; inciso cuarto del artículo 13; artículos 15, 16, 18, 19 y 22; párrafo 2 del artículo 24; numeral 1 del artículo 25; numeral 10 del artículo 25; numeral 11 del artículo 25; numeral 19 del artículo 25; numeral 20 del artículo 25; inciso segundo del artículo 27; artículos 28 y 29; numeral 3 del artículo 30; numeral 12 del artículo 30; artículo 31; inciso sexto y octavo del numeral 5 del artículo 32; párrafo 1 del artículo 32; párrafo 2 del artículo 32; párrafo del artículo 33; artículos 37, 38, y 39; párrafo 2 del artículo 40; artículos 42, 43, 52, 53, 56, y 57; numeral 2 del artículo 58; numeral 3 del artículo 58; numeral 4 del artículo 58; artículos 60, 65, 74, 75, 76; párrafo transitorio 2 del artículo 81⁵²⁷.

⁵²⁶ Ver: Corte Constitucional; Sentencia C-629-03 de 29 de julio de 2003, M. P. Dr. Alvaro Tafur Galvis; Sentencia C-374-94 de 25 de agosto de 1994, M. P. Dr. Jorge Arango Mejía Sentencia C-949-01 de 5 de septiembre de 2001, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández Sentencia C-230-95 de 25 de mayo de 1995, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-949-01 de 5 de septiembre de 2001, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil Sentencia C-489-96 de 26 de septiembre de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-178-96 de 29 de abril de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-221-96 de 16 de mayo de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-178-96 de 29 de abril de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-693-08 de 9 de julio de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-249-04 de 16 de marzo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Sentencia C-1514-00 de 8 de noviembre de 2000, M.P.(E) Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Sentencia C-250-96 de 6 de junio de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C-508-02 de 3 de julio de 2002. Sentencia C-400-99 de 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-113-99 de 24 de febrero de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo Sentencia C-892-01 de 22 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-400-99 de 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-452-99 de 10 de junio de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-016-13 de 23 de enero de 2013, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Sentencia C-154-97 de 19 de marzo de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C-086-95 de 10 de marzo de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-563-98 de 7 de octubre de 1998, M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-006-01 de 17 de enero de 2001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-004-96 de 18 de enero de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-967-12 de 21 de noviembre de 2012, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-623-99 de 25 de agosto de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-330-12 de 9 de mayo de 2012, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia C-388-96 de 22 de agosto de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁵²⁷ En términos generales, estas normas guardan relación con: la definición de entidades, servidores y servicios públicos; inhabilidades e incompatibilidades para contratar; competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales, delegación para contratar, normatividad aplicable a los contratos, interpretación unilateral, modificación unilateral, caducidad, la reversión, principio de transparencia, principio de economía, ecuación contractual, interpretación reglas contractuales, deber de selección objetiva, estructura de los procedimientos de selección, publicación de los actos y sentencias sancionatorios, del concepto de contrato estatal, concesión de servicios y de las actividades de telecomunicaciones, régimen de concesiones y licencias de los servicios, régimen especial para las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones, de la forma del contrato estatal, del contenido del contrato estatal, urgencia manifiesta, control de la contratación de urgencia, responsabilidad de los contratistas, responsabilidad de los consultores,

c). Igualmente en ejercicio de ese control constitucional, se ha definido la exequibilidad condicionada de los siguientes artículos:

- Numeral 1) literal g) del artículo 8; Numeral 2) literal c) del artículo 8; y, Numeral 2) literal d) del artículo 8 -Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar (compañeros permanentes)-: **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES** “[...] *en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo[...]*”. La Corte señaló: que la participación en una misma licitación de proponentes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a que se frustren los dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos: *igualdad de oportunidades* para particulares y obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado⁵²⁸.
- Inciso tercero artículo 13⁵²⁹ -Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales, que se celebren en Colombia, pero se ejecuten en el extranjero- **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** “[...] *en el entendido de que tanto la celebración como la parte de la ejecución que se haga en Colombia se someten a la ley colombiana [...]*”. La Corte precisó, que todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional; a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Por tanto, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Interpretación, que está acorde con el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros, y por supuesto, frente al derecho al trabajo⁵³⁰.
- Numeral 2) del artículo 17 -Terminación Unilateral (Por muerte o incapacidad física permanente)- **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** “[...] *en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de*

interventores y asesores, responsabilidad penal de los particulares, infracción de las normas de contratación, de las acciones, la liquidación del contrato, de la intervención de las autoridades que ejercen control fiscal, del arbitramento y pericia técnicas, del juez competente, contratos de explotación y exploración de recursos naturales.

⁵²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁵²⁹ Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

⁵³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista [...]'. La Corporación indicó: En caso de incapacidad física del contratista, la administración deberá evaluar la situación concreta, y determinar, según sea conveniente, la posibilidad de que éste continúe con la ejecución del contrato. Para la aplicación de la figura, es necesario que exista relación de causalidad entre la incapacidad física con la imposibilidad del cumplimiento del contrato, pues de lo contrario no existe fundamento jurídico, que habilite terminación del negocio jurídico⁵³¹.

- Numeral 5) literal b) del artículo 24⁵³² -Principio de Transparencia-CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE *[...] en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas [...]'. la Corte excluyó la interpretación literal de la norma por ser contraria al artículo 13 de la Constitución, para señalar que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en la contratación administrativa no excluyen la adopción de medidas de acciones afirmativas en los pliegos de condiciones, ni la determinación de medidas favorables en casos de contratación directa, en los que existe mayor grado de discrecionalidad para señalar los criterios de selección del contratista⁵³³.*
- Párrafo del artículo 30⁵³⁴, -Estructura de los Procedimientos de Selección-CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE *'[...] en el entendido que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas [...]'. Este artículo fue estudiado en*

⁵³¹ Corte Constitucional, Sentencia No. C-454 del 20 de octubre de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵³² Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

⁵³³ Corte Constitucional, Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵³⁴ "Párrafo: Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable".

armonía con la normativa anterior, razón por la cual, se adoptó la misma decisión⁵³⁵.

- Numeral 3) del artículo 32 - Contrato de Prestación de Servicios (*En ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales*)-CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE *[...] salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada [...]*". La Alta Corporación sostuvo, que no existía vulneración al derecho a la igualdad, por cuanto, se trataba de relaciones jurídico negociales disimiles (contrato laboral- contrato de prestación de servicios)⁵³⁶.
- Parágrafo del artículo 42⁵³⁷ -Urgencia Manifiesta (traslados presupuestales-CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, *"[...] bajo el entendimiento que los traslados presupuestales internos a que se refiere dicha norma, se efectúen afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del Presupuesto [...]"*). La Corte señaló, que cuando se recurra a traslados internos en una entidad para atender necesidades y gastos derivados de la declaratoria de una urgencia manifiesta, el presupuesto general de la Nación se mantendrá incólume, porque la norma autoriza simplemente que algunos de los rubros que conforman el presupuesto de cada entidad pública, se vean afectados por una decisión de carácter administrativo⁵³⁸.
- Artículo 50⁵³⁹ -Responsabilidad de las Entidades Estatales-CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE *[...] en el entendido que ella debe ser interpretada en consonancia con el artículo 90 de la Constitución, puesto que esa norma constitucional se aplica también en relación con la responsabilidad*

⁵³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, Op, cit.

⁵³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁵³⁷ "Parágrafo. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente".

⁵³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-772 del 10 de diciembre de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵³⁹ "Artículo 50. De la Responsabilidad de las Entidades Estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista".

contractual del Estado[...]”. La Corte consideró, que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que es una cláusula general de responsabilidad⁵⁴⁰.

- Los Artículos 70 -Cláusula Compromisoria-; y, 71 -Compromiso- fueron derogados por la Ley 1563 de 2012⁵⁴¹; sin embargo, en su momento se declararon **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES** “[...]bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales[...]⁵⁴². El alto tribunal expreso, que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, dado, que se desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él”⁵⁴³.

d). Finalmente fueron declaradas inexecutable las siguientes normas:

- El inciso primero del numeral 5 del artículo 32 -Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública- la Corte señaló, que se contravenía la carta política por cuanto se creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado 'fiducia pública', el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en las normas civiles y

⁵⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁴¹ Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

⁵⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

comerciales, dado, que es un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia⁵⁴⁴.

- Artículo 36 - de la duración y prórroga de la concesión para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones.- La Corte, no encontró justificación objetiva y razonable para restringir la libre competencia de los demás oferentes que se encuentren en iguales condiciones técnicas y financieras para desarrollar este objeto contractual; no es razonable, que se pretenda extender hasta por veinte años el término de duración de estos contratos, apelando a la figura de la prórroga automática, toda vez que se produce un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales a la libre competencia⁵⁴⁵.

2. Visión general Ley 1150 de 16 de julio de 2007

Debe resaltarse que la Ley 1150 de 2007⁵⁴⁶, no constituye un “*nuevo estatuto general de contratación*”, por el contrario, de conformidad con la propia exposición de motivos⁵⁴⁷ su finalidad es “*regular medidas puntuales que permitan a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión, así como corregir algunas fallas que se han presentado en su aplicación y que han derivado en espacios que son aprovechados por la corrupción para desviar los recursos de las finalidades estatales a los que se encuentran destinados*”. Se reconoce que la contratación pública constituye el principal instrumento de ejecución del gasto público (para la época se señala que esa participación de la contratación supera el 11% del PIB).

⁵⁴⁴ Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso.[...]

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.[...]

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. [...]

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

⁵⁴⁵ Artículo 36. <Apartes tachados Inexequibles> El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de diez (10) años, prorrogable automáticamente por un lapso igual. Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión..

⁵⁴⁶ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

⁵⁴⁷ Proyecto de Reforma al Estatuto de Contratación Pública.

Dentro de las medidas puntuales se encuentran: reformulación del contenido del deber de selección objetiva (la finalidad es separar las condiciones del proponente, de los aspectos técnicos y económicos de la oferta, con ello todo lo relacionado con la capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia, no constituyen criterios de evaluación, sino de habilitación); - la reforma al Registro Único de Proponentes (que viene a constituir el documento para acreditar las condiciones mínimas de participación; eliminando este costo asociado a la participación, que se materializaba en anexar un sin número de documentos para acreditar en cada proceso licitatorios esa condiciones de habilitación); - Superar el paradigma de la cuantía del contrato, como elemento determinante para definir un determinado procedimiento de selección; lo anterior implica que las modalidades de selección se fundamenten de acuerdo a las características del objeto contractual; la ley consagra (licitación pública – selección abreviada – selección de consultores – contratación directa (para los casos de urgencia manifiesta- empréstito - contratos interadministrativos); - se eleva a ley la obligación de publicar los proyectos de pliegos de condiciones, términos de referencia, estudios previos y audiencia públicas obligatorias en materia de adjudicación; - reglas sobre contratación electrónica.

1). Control Constitucional de la Ley 1150 de 2007

a. En principio, se puede entender, que con esta normativa, pretendió fortalecer la Ley de contratación pública, con los siguientes cambios:

- Se modifica el principio de selección objetiva partiendo del postulado de la oferta más favorable, entendida como *“(...) aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.(...)”⁵⁴⁸*.
- Se modifican los procedimientos de selección, estableciéndose de manera general los siguientes: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos; y contratación directa.

⁵⁴⁸ Ver al respecto el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.

- Se establece la asignación de riesgos previsible involucrados en la contratación⁵⁴⁹.
 - Se les otorgó a las entidades estatales la competencia para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria previa garantía al debido proceso.
- b. En términos generales esta norma modifica la Ley 80 de 1993, en lo relacionado entre otros aspectos con la eficiencia y transparencia en la contratación pública, modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, contratación pública electrónica, distribución de riesgos en los contratos estatales, verificación de las condiciones de los proponentes, calificación y clasificación de los inscritos, información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos, impugnación de la calificación y clasificación del inscrito, garantías en la contratación, publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos, adjudicación, tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, plazo para la liquidación de los contratos, y con respecto a la contratación con recursos públicos.
- c. Desde el punto de vista del control de constitucional, puede indicarse:
- La Corte Constitucional, optó por la exequibilidad simple⁵⁵⁰ de los siguientes artículos: artículo 2 (Modalidades de Selección); artículo 3 (Contratación Pública Electrónica); artículo 5 (Selección Objetiva); párrafo 2 del artículo 5 (certificaciones sistema de gestión); artículo 9 (Adjudicación); artículo 18 (inhabilidades para contratar); párrafo del artículo 21 (distribución adecuada del

⁵⁴⁹ "Artículo 4o. De la Distribución de Riesgos en los Contratos Estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva".

⁵⁵⁰ Sentencia C-713-09 de 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente Dr. María Victoria Calle Correa. Sentencia C-259-08 de 11 de marzo de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-942-08 de 1 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-380-08 de 22 de abril de 2008, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia C-353-09 de 20 de mayo de 2009, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-693-08 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-300-12 de 25 de abril de 2012, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-736-08 de 23 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

trabajo); artículo 28 (Prórroga o Adición de Concesiones de Obra Pública); y, artículo 29 (elementos que se deben cumplir en los contratos estatales de alumbrado público).

- Igualmente en ejercicio de ese control constitucional, se ha definido la exequibilidad condicionada de los siguientes artículos:

El artículo 6 (verificación de las condiciones de los proponente -en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente).-; **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES** “[...] *en el entendido que para tal efecto se debe aplicar el debido proceso previsto en la ley[...]*”⁵⁵¹

El artículo 21 (Delegación y la Desconcentración para Contratar -responsabilidad jefes y representantes legales). **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES** “[...] *En el entendido según el cual el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones[...]*”. La corte indico, que la función de vigilancia, orientación y control, implica que el delegante siempre conserva una responsabilidad subjetiva, por la que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones⁵⁵².

El artículo 28⁵⁵³ (Prórroga o Adición de Concesiones de Obra Pública) **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES** la expresión “[...] *obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado*” y “[...] *respecto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial*” *en el entendido que solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.[...]*” La Corte señaló, que las modificaciones contractuales de forma amplia incentiva comportamientos oportunistas de los proponentes y contratistas en perjuicio de los fines de la función administrativa; por esa razón, la interpretación de la adición o

⁵⁵¹ Corte Constitucional; Sentencia C-1016 del 28 de noviembre de 2012, M.P., Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-693 del 8 de julio de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵³ Artículo derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 -Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.-

prórroga debe estar destinada para la realización de todas aquellas obras que se denominan accesorias, y de esta manera se refleja la intención del legislador en el sentido de permitir las adiciones y prórrogas para el cumplimiento de los fines estatales; esa interpretación desarrolla los principios de eficacia, economía, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos⁵⁵⁴.

- Finalmente fueron declaradas inexecutable las siguientes normas: (i) el párrafo del artículo 1⁵⁵⁵, por haber consagrado un trato desigualitario en relación con las Mipymes vigiladas por la superintendencia financiera⁵⁵⁶; (ii) el artículo 30⁵⁵⁷, por habersele otorgado al Presidente de la República una facultad diferente a la reglamentaria de la ley 80 de 1993, cuya competencia radica exclusivamente en el legislativo⁵⁵⁸ y (iii) el inciso 3 del artículo 32⁵⁵⁹, por haberse otorgado una jerarquía superior a las normas de contratación estatal, facultad que solamente puede ser autorizada por el mismo constituyente primario⁵⁶⁰.

Tabla 1. Control Constitucional

	Constitucionalidad	
	Exequible	Inexecutable
Ley 80 de 1993	40	1
Ley 1150 de 2007	16	3
Total	56	4

⁵⁵⁴ Sentencia C-892-01 de 22 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵⁵ Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.

⁵⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008, MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵⁷ Artículo 30. Autorízase al Gobierno Nacional para que pueda compilar las normas de esta ley y la Ley 80 de 1993, sin cambiar su redacción ni contenido, pudiendo ordenar su numeración. Esta compilación será el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁵⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-259 del 11 de marzo de 2008, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁵⁹ Artículo 32. Derogatoria. (...)Las normas del Estatuto General de Contratación Pública preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica. En consecuencia, la derogatoria de las normas del Estatuto General de Contratación Pública sólo podrán hacerse de manera expresa, mediante su precisa identificación.(...)

⁵⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, MP. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

3. La facultad reglamentaria y la contratación estatal

1.) Control de legalidad de los Decretos Reglamentarios expedidos con ocasión de la vigencia de la Ley 80 de 1993.

Como se ha dejado establecido, uno de los puntos centrales de controversia relacionados con el “*contrato de la administración pública*”, guarda relación precisamente con la facultad reglamentaria, en materia contractual, habida cuenta de la naturaleza de norma de principios, que se le otorga a la Ley 80 de 1993. Sin embargo, esa naturaleza principalísima de la mencionada ley, no ha sido impedimento jurídico para que se ejerza una política normativa en materia reglamentaria.

Por lo anterior, se visibilizará esa política ejecutiva en materia reglamentaria de la siguiente manera:

DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LA LEY 80 DE 1993		
NORMATIVA	OBJETO	ESTADO ACTUAL (modificada – suspendida – anulada)
Decreto 679 de 1994	Por el Cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012.
Decreto Nacional 855 de 1994	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa.	Modificado por el Decreto 2334 de 1999 ⁵⁶¹ ; Adicionado por el artículo 1 del Decreto 2964 de 1997 ⁵⁶² , el artículo 1 del Decreto 1275 de 1995 ⁵⁶³ , el artículo 1 del Decreto 329 de 1995 ⁵⁶⁴ .

⁵⁶¹ "Por el cual se adiciona el artículo 4° del Decreto 855 de 1994 “[...] Artículo 1°. Adiciónase el artículo 4° del Decreto 855 de 1994 con el numeral 19, cuyo texto es el siguiente:

“19. La construcción de obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, previo concepto favorable del Ministro de Defensa Nacional”.

⁵⁶² "Por el cual se adiciona el artículo 4° del Decreto 855 de 1994". *Artículo 1°. Adiciónase el artículo 4° del Decreto 855 de 1994, con los siguientes numerales:*

19. Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial del Ministerio Público y, excepcionalmente del Ministerio de Justicia y del Derecho, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.

20. Adquisición de: vehículos para blindar, repuestas para automotores, equipos de seguridad, motocicletas, sistema de comunicaciones; equipos de rayos X de detección de armas, de explosivos plásticos, de gases y de correspondencia, para la seguridad y protección de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial, del Ministerio Público y, excepcionalmente del Ministerio de Justicia y del Derecho, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.[...]

⁵⁶³ "Por el cual se adiciona el artículo 4° del Decreto 855 de 1994" “[...] Artículo 1°. Adiciónase el artículo 4° del Decreto 855 de 1994 con el siguiente numeral:

“18. Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedula, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil.”

⁵⁶⁴ Por el cual se adiciona el artículo 4° del Decreto 855 de 1994 “[...] Artículo 1°. Adiciónase el artículo 4° del Decreto 855 de 1994, con el siguiente numeral:

Decreto 1898 de 1994	Por la cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de concursos de intermediarios de seguros	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto 1275 de 1995	Por el cual se adiciona el artículo 4º del Decreto 855 de 1994	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto Nacional 2326 de 1995	Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a los concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, se hace una adición al Decreto 1584 de 1994.	Se encuentra surtiendo efectos jurídicos.
Decreto Nacional 287 de 1996	Por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012 Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 3 y 4
Decreto 2964 de 1997	Por el cual se adiciona el artículo 4º del Decreto 855 de 1994	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 3 y 4
Decreto 1436 de 1998	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros.	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto 2334 de 1999	Por el cual se adiciona el artículo 4º del Decreto 855 de 1994	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto 2172 de 2001	Por el cual se modifica el parágrafo del artículo 18 del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994.	Derogado por el Decreto 280 de 2002, art. 7.
Decreto 2504 de 2001	Por el cual se reglamenta el parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 ⁵⁶⁵	Derogado por el Decreto 327 de 2002
Decreto 280 de 2002	Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993.	Derogado por el Artículo 29 del Decreto 4828 de 2008
Decreto 327 de 2002	Por medio del cual se deroga el Decreto 2504 de 2001 y se reglamenta el parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 2170 de 2002	Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012 Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 6, 9 y 24
Decreto 1896 de	Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 ⁵⁶⁶ .	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012

17. *Sistemas de seguridad y equipos tales como máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y carcelario colombiano.*

⁵⁶⁵ "Parágrafo 3o. Parágrafo derogado por el artículo 223 del Decreto 19 de 2012, a partir del 1o. de junio de 2012. la legislación anterior preceptuaba: "(...)Salvo lo previsto en el parágrafo anterior, perfeccionado el contrato, se solicitará su publicación en el Diario Oficial o Gaceta Oficial correspondiente a la respectiva entidad territorial, o a falta de dicho medio, por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido. Cuando se utilice un medio de divulgación oficial, este requisito se entiende cumplido con el pago de los derechos correspondientes.(...)"

2004		
Decreto 2166 de 2004	Por medio del cual se modifica el Decreto 1896 de 2004 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 3740 de 2004	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y se adiciona el artículo 4º del Decreto 855 de 1994.	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto Nacional 2503 de 2005	Reglamenta la causal de contratación directa del literal k) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto 219 de 2006	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y se efectúan modificaciones y adiciones al artículo 4º del Decreto 855 de 1994.	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto Nacional 959 de 2006	Reglamenta la causal de contratación directa a que se refiere el literal i) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto 2178 de 2006	Por medio del cual se crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública.	Derogado por el art. 25, Decreto Nacional 3485 de 2011
Decreto 2434 de 2006	Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002 y se dictan otras disposiciones.	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto 4117 de 2006	Por el cual se modifican los artículos 14, 15 y 17 del Decreto 855 de 1994.	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto 4375 de 2006	Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002 y se adiciona el Decreto 2434 de 2006.	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008

Como se puede observar, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha venido ejerciendo esa facultad reglamentaria de una manera segmentada (reglamentos para diferentes temas y no, una norma administrativa estructural); con expedición de normas reglamentarias numerosas y con una vigencia muy limitada de sus efectos jurídicos, lo cual conlleva a una gran inseguridad jurídica (en sede administrativa, el propio ejecutivo expide el reglamento y en una vigencia corta lo deroga, mediante la expedición de otro reglamento)⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Artículo 13. De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 20. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

<Inciso Condicionalmente exequible> Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

⁵⁶⁷ Desde la visión del control jurisdiccional, ante el Consejo de Estado, se citan entre otros: el artículo 9 del Decreto 855 de 1994 (negando pretensiones); artículo 4 del decreto 1448 de 1995 (negó pretensiones); Decreto 287 de 1996 (negó

2) De los Decretos Reglamentarios relacionados con la Ley 1150 de 2007

LEY 1150 DE 16 DE JULIO 2007⁵⁶⁸		
Decreto 499 de 2007	Por el cual se adiciona el artículo 4° del Decreto 855 de 1994.	Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008
Decreto Nacional 066 de 2008	Reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, en los procesos de contratación pública.	Derogado por el Decreto Nacional 2474 de 2008, excepto el art. 83. Decreto Nacional 734 de Derogado por el art. 9.2, 2012
Decreto 1170 de 2008	Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con la enajenación de bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, FRISCO.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 4828 de 2008	Por el cual se expide el régimen de garantías en la contratación de la administración pública	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto Nacional 2474 de 2008	Reglamenta parcialmente las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, respecto de las modalidades de selección y señala disposiciones generales en materia de publicidad, selección objetiva y otros aspectos relacionados con los procesos de contratación pública.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 4444 de 2008	Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 4533 de 2008	Por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el parágrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012

pretensiones); artículos 3 y 4; incisos 2 y 3 del artículo 6 del Decreto 1436 de 1998 (declaro la nulidad; por reglamento no se puede desconocer el principio de autonomía de la voluntad y especialmente el artículo 29, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993). Ver: Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2001). Radicación número: 11001-03-26-000-1994-9840-01(9840) Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 11001-03-26-000-1997-02932-01(12932). Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; primero (1) de junio de dos mil (2000) Radicación número: 12038 y 14092

⁵⁶⁸ Modificada por la Ley 1753 de 2015, 'por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"'.
 Modificada por la Ley 1563 de 2012, 'Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones'.

Modificada por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública'.

Modificada por la Ley 1508 de 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones'.

Modificada por la Ley 1474 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011, 'Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública'.

Modificada por la Ley 1450 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011, 'Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014'.

Decreto 490 de 2009	Por el cual se modifica el artículo 28 del Decreto 4828 de 2008	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 127 de 2009	Por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 931 de 2009	Por el cual se modifica el artículo 6° del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 2025 de 2009	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 2493 de 2009	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 3576 de 2009	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 3806 de 2009	Por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 1039 de 2010	Por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008.	Declarado NULO mediante el Fallo Consejo de Estado 39093 de 2012 Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012 Suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante providencia de diciembre 9 de 2010 (Rad. No. 201000046 00 (39.093).
Decreto 1430 de 2010	Por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en materia de garantías para la celebración de contratos sobre tecnologías espaciales y se dictan otras disposiciones para la celebración de este tipo de contratos.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 1464 de 2010	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 2473 de 2010	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007"	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 3844 de 2010	Por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 4266 de 2010	Por el cual se modifica el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto 2516 de 2011	Por el cual se reglamenta la modalidad de selección de Mínima Cuantía.	Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012
Decreto Nacional 3485 de 2011	Por el cual se reglamenta el Sistema	Derogado por el art. 9.2, Decreto

	Electrónico para la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones.	Nacional 734 de 2012
Decreto 4170 de 2011 (Decreto expedido con fundamento en facultades extraordinarias del presidente)	Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura	
Decreto 19 de 2012 (Decreto expedido con fundamento en facultades extraordinarias del presidente)	Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública	Reglamentado por el Decreto Nacional 734 de 2012.
Decreto Nacional 734 de 13 de abril de 2012	Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.	Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013
Decreto 1397 de 2012	Por el cual se modifica el numeral 1 del artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012.	Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013
Decreto Nacional 1510 de 17 de julio 2013	Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.	Suspendidos de manera provisional inciso 7 del artículo 3, Artículo 65; la expresión c) del artículo 75 del presente decreto del artículo 73; “la expresión sin que sea necesario recibir varias ofertas”: mediante Auto del Consejo de Estado S11001-03-26-000-2014-00035-00(50222) de 2014.
Decreto 791 de 22 de abril de 2014	Reglamenta la Ley 1682 de 2013 y modifica el decreto 1510 de 2013, en lo relacionado con la capacidad residual de contratación.	
Decreto 1082 de 2015	Decreto reglamentario compilado; y racionaliza las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector administrativo de planeación nacional. (riesgo contractual)	

Del ejercicio de la facultad reglamentaria respecto a la normativa consagrada en la Ley 1150 de 2007, se puede concluir lo siguiente:

- a). El decreto reglamentario de la estructura del procedimiento de selección (066 de enero 16 de 2008), mediante el cual se regulaba lo relacionado con las “*modalidades de selección, publicidad y selección objetiva*”, tuvo una vigencia temporal muy limitada, por cuanto fue derogado por el decreto 2474 de 2008; su vigencia no sobrepasa los seis (6) meses.
- b). Se expide una nueva reglamentación (decreto 2474 de julio 7 de 2008) relacionada con las “*modalidades de selección, publicidad y selección objetiva*”, cuya vigencia es de tres (3) años, al ser igualmente derogado, mediante el Decreto 734 de abril 13 de 2012.

c). Con posterioridad se expide el Decreto 734 de abril 13 de 2012 “*por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*”; frente a este marco reglamentario se precisa:

(i). El ejecutivo nacional, cambia su política reglamentaria de naturaleza segmentaria y busca con esta nueva reglamentación, “*regular en un solo cuerpo normativo, las reglas relacionadas con la contratación de la administración pública*”.

(ii). Se consagra un particular régimen de transición normativo: si en el proceso de selección se ha expedido el acto administrativo de apertura, se le otorga a la entidad pública la facultad de continuar aplicando las normas derogadas hasta su culminación, o mediante las denominadas adendas, ajustar el proceso a las nuevas disposiciones.

(iii). De igual manera, dada su finalidad, en el sentido de ser una reglamentación estructural, compleja y completa de la contratación, su vigencia es muy limitada, al ser derogado mediante el Decreto 1510 de julio 17 de 2013; es decir una temporalidad de un (1) año y tres (3) meses.

d). El decreto reglamentario 1510 de julio 17 de 2013, por el cual se “*reglamenta el sistema de compras y contratación pública*”; justificado por el ejecutivo nacional, en la necesidad de regular las competencias de la denominada Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente⁵⁶⁹ .

e). Sin desconocer lo anterior, con base en el denominado Plan Sobre Mejora Normativa: análisis de impacto (Documento CONPES 3816 DE OCTUBRE 2 de 2014) entendiendo a la mejora normativa como una de las tres palancas que conjuntamente con la política fiscal y monetaria, permiten una mejor administración de la economía, se expidieron los denominados “*Decretos de Unificación Sectorial*”; bajo esos lineamientos se expidió el Decreto 1082 de mayo 26 de 2015⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Creada mediante el Decreto – Ley 4170 de 2011.

⁵⁷⁰ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo De Planeación Nacional"

Tabla 2. Número de Decretos Reglamentarios Expedidos

ÍTEM	No
Número de Decretos reglamentarios expedidos en vigencia de la Ley 80 de 1993	24
Número de Decretos reglamentarios expedidos en vigencia de la Ley 1150 de 2007	29
Total decretos reglamentarios expedidos	53

Tabla 3. Control de Legalidad de los Decretos Reglamentarios

	Control de Legalidad Decretos Reglamentarios	
	Niega pretensiones	Declarados Nulos
Decreto reglamentarios de la Ley 80 de 1993		
Decreto 855 de 1994	1	-
Decreto 1448 de 1995	1	-
Decreto 287 de 1996	1	-
Decreto 1436 de 1998	-	3
Decreto 3740 de 2004	-	1
Decreto reglamentarios de la Ley 1150 de 2007		
Decreto 066 de 2008	4	1
Decreto 2474 de 2008	11	27
Decreto 127 de 2009	-	1
Decreto 2025 de 2009	-	1
Decreto 3576 de 2009	2	-
Decreto 1039 de 2010	-	1
Decreto 4266 de 2010	1	-
Decreto 1510 de 2013	1	3
Total	22	38

Tabla 4. Porcentaje de inexecutable o nulidad 4. Circulares de la agencia nacional de contratación

ÍTEM	No	Porcentaje de inexecutable o nulidad
Numero de normas de la Ley 80 de 1993 demandadas por constitucionalidad	40	2.5%
Numero de normas declaradas inexecutable	1	
Numero de normas de la Ley 1150 de 2007 demandadas por constitucionalidad	16	18.75%
Numero de normas declaradas inexecutable	3	
Número de Artículos de los decretos reglamentarios demandados ante el H Consejo de Estado	60	63.34%
Número de artículos declarados nulos	38	

Sin pretender profundizar sobre la discusión jurídica relacionada con el control jurisdiccional de las denominadas circulares, (en el sentido que cualquier circular interna

o externa, es susceptible de dicho control; o solamente la que surta efectos jurídicos externos⁵⁷¹), las circulares a que se hace referencia en materia de contratación, son actos administrativos y surten efectos jurídicos externos y directos.

La Agencia Nacional de Contratación Estatal, ha expedido 25 circulares relacionadas con aspectos contractuales, de la siguiente manera: Circular Externa No. 1(Publicidad en el Secop), Circular Externa No. 2 (Plan Anual de Adquisiciones); Circular Externa No. 3 (Ley de Garantías Electorales);Circular Externa No. 4 (Capacidad Residual- derogada por la Circular 11); Circular Externa No. 5 (Identificación y Cobertura del Riesgo - modificada por la Circular 8); Circular Externa No. 6 (Contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación);Circular Externa No. 7 (Incentivos a los bienes agropecuarios nacionales);Circular Externa No. 8– Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo - modifica la Circular 5); Circular Externa No. 9 (Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación); Circular Externa No.10 (Expedición de manuales y guías);Circular Externa No.11 (Capacidad Residual en los Procesos de Contratación -modificada por la Circular 14); Circular Externa No.12 (Clasificador de Bienes y Servicios); Circular Externa No.13 (Subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje); Circular Externa No.14 (Actualización Capacidad Residual-modifica la Circular 11); Circular Externa No.15 (Documentos tipo contratos plan); Circular Externa No.16 (Actualización manual de requisitos habilitantes- sustituye parcialmente la Circular 10); Circular Externa No.17 (Manejo de documentos en Procesos de Contratación); Circular Externa No.18 (Aplicación Ley de Garantías Electorales para el 2015- sustituida por la Circular 19); Circular Externa No.19 (Aplicación Ley de Garantías Electorales para el 2015- sustituye integralmente la Circular 18); Circular Externa No.20 (Publicidad en el SECOP para sistemas de contratación en línea de EICES, SEM y ESP); Circular Externa No.21 (Uso del SECOP II para crear, conformar y gestionar los expedientes electrónicos del Proceso de Contratación); Circular Externa No.22 (Acreditación para la formación académica); Circular Externa No.23 (Calidad y oportunidad de la información del Sistema de Compra Pública disponible en el SECOP); Circular Externa No.24 (Aplicación Ley de Garantías Electorales para el 2017 y 2018);

⁵⁷¹ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de noviembre 27 de 2014; definió que cualquier circular, independientemente de su alcance externo o solamente al interior de la entidad pública, es susceptible de control jurisdiccional.

Circular Externa No.25 (Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad).

Revisadas las referidas circulares se tiene, que algunas están destinadas a pronunciarse sobre aspecto, contemplados en las normas legales o reglamentarias de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, obsérvese:

CIRCULAR	NORMA LEGAL O REGLAMENTARIA RESPECTO A LA CUAL SE EXPIDE LA RESPECTIVA CIRCULAR O INSTRUCCIÓN ADMINISTRATIVA	TEMÁTICA	
<p>Circular Externa No. 1– Publicidad en el SECOP.</p> <p>Circular externa No.23 - Calidad y oportunidad de la información del Sistema de Compra Pública disponible en el SECOP</p>	<p>Artículos 1 y 3 de la Ley 1150 de 2007</p>	<p>Establece las condiciones de calidad y oportunidad en las cuales las Entidades Estatales y las Entidades obligadas por la Ley 1712 de 2014⁵⁷² que ejecutan recursos públicos en sus procesos de abastecimiento o contratación, deben poner a disposición la información de sus Procesos de Contratación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP</p>	
<p>Circular Externa No. 2– Plan Anual de Adquisiciones</p>	<p>Artículos 158⁵⁷³ del Decreto 1510 de 2013⁵⁷⁴</p>	<p>Establece en relación con el Plan Anual de Adquisiciones (i) los lineamientos para su elaboración; (ii) el formato para su elaboración; (iii) la forma en que las Entidades Estatales deben publicarlo en su página web y en el SECOP; y (iv) la forma y oportunidad en que las Entidades Estatales deben actualizarlo.</p>	
<p>Circular Externa No. 6– Contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación</p>	<p>Circular Externa No. 4– Capacidad Residual (derogada por la Circular 11)</p> <p>Circular Externa No.11– Capacidad</p>	<p>Literal (b) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013⁵⁷⁵</p>	<p>Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública</p>

⁵⁷² Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones.

⁵⁷³ Artículo 158. *Implementación del modelo de Plan Anual de Adquisiciones.* Colombia Compra Eficiente debe establecer los lineamientos y diseñará e implementará el formato que debe ser utilizado por las Entidades Estatales para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones, dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

⁵⁷⁴ Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

⁵⁷⁵ Artículo 159. *Estándares y documentos tipo.* Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:[...]

2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.[...]"

	Residual en los Procesos de Contratación (modificada por la Circular 14).		
	Circular Externa No.14- Actualización Capacidad Residual (modifica la Circular 11).		
Circular Externa No. 9 - Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación	Circular Externa No. 5- Identificación y Cobertura del Riesgo (modificada por la Circular 8). Circular Externa No. 8- Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo (modifica la Circular 5)	Literal (a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 ⁵⁷⁶	Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo (Versión M-ICR-01).
Circular Externa No.10- Expedición de manuales y guías. Circular Externa No.16- Actualización manual de requisitos habilitantes (sustituye parcialmente la Circular 10).	Numerales 2, 5, 9 y 10 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 ⁵⁷⁷	Expede los siguientes instrumentos: 1. Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía 2. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en Procesos de Contratación 3. Guía para la elaboración de estudios de sector	
Circular Externa No.11- Capacidad Residual en los Procesos de Contratación (modificada por la Circular 14). Circular Externa No.14- Actualización Capacidad Residual (modifica la Circular 11).	Artículo 1 del Decreto 791 de 2014 ⁵⁷⁸ , que modificó el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013	Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública	

⁵⁷⁶ Artículo 159. *Estándares y documentos tipo*. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:[...]

2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.[...]"

⁵⁷⁷ Artículo 3°. *Funciones*. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:[...]

2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.[...]

5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.[...]

9. Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales.

10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los partícipes en el proceso contractual.

⁵⁷⁸ Por el cual se reglamenta el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 y se modifica el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013.

Circular Externa No.13- Subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje	Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 ⁵⁷⁹ .	Fija directrices sobre la subsanación de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los Procesos de Contratación.
Circular Externa No.15- Documentos tipo contratos plan	Artículo 8 ⁵⁸⁰ de la Ley 1450 de 2011 ⁵⁸¹ . Artículo 18 ⁵⁸² de la Ley 1454 de 2011 ⁵⁸³ . Artículo 159 ⁵⁸⁴ del Decreto 1510 de 2013.	Establece los siguientes documentos tipo : (i) Pliego de obra pública tipo para contratos plan. (ii) Contrato de obra pública tipo para contratos plan. (iii) Apéndice de requisitos habilitantes para contratos plan. Las Entidades Estatales que ejecuten recursos del presupuesto general de la Nación en desarrollo de contratos plan ⁵⁸⁵ a través de Procesos de

⁵⁷⁹ Artículo 5o. De La Selección Objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:[...]

Parágrafo 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.[...]

⁵⁸⁰ Artículo 8o. *Contratos Plan*. <Artículo modificado por el artículo 198 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Contrato Plan es un acuerdo marco de voluntades de carácter estratégico entre la Nación y las entidades territoriales plasmado en un documento que contiene los arreglos programáticos y de desempeño definido entre estas para la ejecución asociada de proyectos de desarrollo territorial que contemplen la concurrencia de esfuerzos de inversión nacional y territorial.

En desarrollo de este acuerdo marco se suscribirán contratos específicos en los cuales se señalará el objeto, las metas, los plazos, el responsable de la ejecución y se comprometerán los recursos de fuente nacional y territorial que se destinen para su ejecución, así como las vigencias futuras que se requieran. Adicionalmente, se acordarán los mecanismos de seguimiento y control de los recursos y todos los demás aspectos necesarios para garantizar la rápida y eficiente ejecución de los proyectos, atendiendo las prioridades y particularidades de cada sector y cada región”.

Los contratos Plan constituyen un instrumento para el planeamiento y la promoción del desarrollo regional. En tal sentido son un punto de articulación del Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Departamentales y Municipales.

El Gobierno nacional buscará que, en los casos que corresponda, sus acciones en materia de inversión pública operen bajo este esquema. El Departamento Nacional de Planeación (DNP) promoverá la aplicación de esta herramienta, así como establecerá los mecanismos de seguimiento y evaluación de los Contratos Plan acordados por el Gobierno nacional.

⁵⁸¹ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014

⁵⁸² Artículo 18. *Contratos o convenios plan*. La Nación podrá contratar o convenir con las entidades territoriales, con las asociaciones de entidades territoriales y con las áreas metropolitanas, la ejecución asociada de proyectos estratégicos de desarrollo territorial. En los contratos plan que celebren las partes, se establecerán los aportes que harán así como las fuentes de financiación respectivas.

La Nación también podrá contratar con las asociaciones de entidades territoriales y las áreas metropolitanas la ejecución de programas del Plan Nacional de Desarrollo, cuando lo considere pertinente y el objeto para el cual fueron creadas dichas asociaciones lo permita; previa aprobación de su órgano máximo de administración, atendiendo los principios consagrados en la presente ley.

Se priorizarán con el Fondo de Desarrollo Regional los esquemas asociativos, así como las entidades territoriales que desarrollen contratos o convenios plan de acuerdo con los numerales 6, 8 y 10 del artículo 3° de la presente ley.

⁵⁸³ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones.

⁵⁸⁴ Artículo 159. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los participantes de la contratación pública:

1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición el presente decreto.
2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.
3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto.
4. Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

⁵⁸⁵ Decreto 819 de 2012: Por el cual se dictan disposiciones sobre la elaboración e implementación de los Contratos Plan. “Que el Convenio Plan o Contrato Plan, al que se refieren las Leyes 1450 y 1454 de 2011, tiene como objetivo lograr la

		Contratación de obra pública están obligadas a utilizar estos documentos tipo.
Circular Externa No.17 – Manejo de documentos en Procesos de Contratación.	Ley 455 de 1998. Numerales 3 y 5 del artículo 9 y artículo 40 de la Ley 1437 de 2011. Artículos 5, 6, 9, 25 y 36 del Decreto Ley 019 de 2012. Artículos 244, 245, 246, 251 y 260 de la Ley 1564 de 2012	Instrucciones sobre el manejo que las Entidades Estatales deben dar a los documentos presentados por los proponentes en Procesos de Contratación.
Circular externa No.21 – Uso del SECOP II para crear, conformar y gestionar los expedientes electrónicos del Proceso de Contratación	Artículo 3 ⁵⁸⁶ de la Ley 1150 de 2007.	Directrices para crear, conformar y gestionar los expedientes electrónicos del Proceso de Contratación en el SECOP 11.
Circular externa No.22 – Acreditación para la formación académica.	Numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 ⁵⁸⁷ . Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 ⁵⁸⁸ .	Directrices para acreditar la formación académica en Colombia y en el exterior en la etapa de selección de los Procesos de Contratación.
Circular externa No.25 – Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.	Artículo 3 ⁵⁸⁹ del Decreto 092 de 2017 ⁵⁹⁰	Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

Frente a éstas Circulares, se precisa lo siguiente: **(i)** en primer lugar, que tratan de materias, que bien pueden ser de naturaleza reglamentaria (- La Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública - El régimen aplicable para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación por

concertación de esfuerzos estatales para la planeación integral del desarrollo territorial con visión de largo plazo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 339 de la Constitución Política y en los literales a) y d) del artículo 5 o de la Ley 152 de 1994”

⁵⁸⁶ “Artículo 3o. De la Contratación Pública Electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. [...]”

⁵⁸⁷ Principio de transparencia.

⁵⁸⁸ Principio de selección objetiva.

⁵⁸⁹ Artículo 3. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

⁵⁹⁰ Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

parte de las Entidades Estatales - Lineamientos para determinar y verificar los requisitos habilitantes en Procesos de Contratación - Lineamientos para determinar y verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública - Directrices sobre la subsanación de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los Procesos de Contratación - Documentos tipo en los contratos plan - Directrices para acreditar la formación académica en Colombia y en el exterior en la etapa de selección de los Procesos de Contratación - Parámetros para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad); lo cual significa que no existe en estricto sentido a nivel interno, un límite para diferenciar el contenido sustancial del Decreto reglamentario frente al contenido de igual naturaleza, de las denominadas Circulares, proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Estatal. **(ii)** En segundo lugar, que si bien, se les ha considerado como parte del denominado “*soft Law administrativo*”, en el sentido que comprenden un conjunto de normas jurídicas desprovistas de efectos vinculantes, producto de una actividad administrativa atípica, o ajena a sus formas tradicionales; no puede desconocerse, la categoría que a nivel interno se le otorga a las denominadas Circulares, de actos administrativos, cuando surten efectos jurídicos externos y directos; lo que significa, que no todas constituyen el denominado “*derecho blando*”.

5. Régimen jurídico de naturaleza exceptiva al estatuto general de contratación pública.

Una de las primeras controversias, como se dejó establecido, se centró en definir si con la expedición de la Ley 80 de 1993, se estableció no solamente un “estatuto general de contratación”, sino de igual manera un “*estatuto único de contratación*”; controversia que fue dirimida por nuestra corte Constitucional y que ha venido reiterando, según las sentencias C-949 de 2001 y C-439 de 2016.

A continuación, se presenta la situación jurídica relacionada con las entidades públicas que por su propia naturaleza jurídica o por el objeto del contrato, están exceptuadas de aplicar las normas del estatuto general de contratación.

5.1 Por la naturaleza jurídica de la entidad

Sector	Fuente Normativa	Jurisprudencia
Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal	Parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007.	Parágrafo declarado EXEQUIBLE por la Sentencia C-086-95 de 1 de marzo de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
Entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones	Artículo 38 de la Ley 80 de 1993.	Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-949-01 de 5 de septiembre de 2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
Servicios Públicos	Ley 142 de 1994 (art. 31 ⁵⁹¹ y 32 ⁵⁹²)	
Sector Eléctrico	Ley 143 de 1994 (76 ⁵⁹³)	
Aeronáutica Civil	Ley 105 de 1994 (art. 54 ⁵⁹⁴)	
ESE's -hospitales públicos	Ley 100 de 1993 (art. 195 núm. 6 ⁵⁹⁵)	
Sector de Televisión	Ley 182 de 1995 y Ley 335 de 1996	
Universidades Públicas	Ley 21 y 30 de 1992	Corte constitucional.- sentencia no. C-547/94. Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, consejera ponente: Myriam Guerrero De Escobar, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008), radicación número: 66001-23-31-000-1995-04169-01(14169).-
Banco de la República	Ley 31 de 1992	
Fondos de Servicios Educativos ⁵⁹⁶	Ley 715 de 2.001.- (Artículo 13 ⁵⁹⁷)	

⁵⁹¹ El Artículo 3 de la ley 689 de 2001 preceptúa: Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

"Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa".

⁵⁹² Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

⁵⁹³ Artículo 76. Los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado.

⁵⁹⁴ Artículo 54º.- *Contratación administrativa.* La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de Telecomunicaciones, conforme a lo previsto en el Ley 80 de 1993.

Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.

Los gastos de funcionamiento e inversión de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se ejecutarán indistintamente con los recursos propios y los aportes del presupuesto Nacional.

⁵⁹⁵ ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:[...] 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

⁵⁹⁶ Artículo 12. Definición De los Fondos de Servicios Educativos. Las entidades estatales que tengan a su cargo establecimientos educativos deben abrir en su contabilidad una cuenta para cada uno de ellos, con el propósito de dar certidumbre a los Consejos Directivos acerca de los ingresos que pueden esperar, y facilitarles que ejerzan, con los rectores o directores, la capacidad de orientar el gasto en la forma que mejor cumpla los propósitos del servicio educativo dentro de las circunstancias propias de cada establecimiento. Esa cuenta se denomina "Fondo de Servicios Educativos".

Los reglamentos, teniendo en cuenta las diferencias entre los establecimientos urbanos y entre estos y los rurales, dirán qué tipo de ingresos, gastos y bienes pueden manejarse a través de tal cuenta; y en dónde y cómo se mantendrán los bienes que se registren en ella, ciñéndose a la Ley Orgánica del Presupuesto y a esta Ley, en cuanto sean pertinentes.

Los reglamentos aludidos atrás distinguirán entre los ingresos que las entidades estatales destinen al servicio educativo en cada establecimiento, los que los particulares vinculen por la percepción de servicios, y los que vinculen con el propósito

<p>Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados</p>	<p>Artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011⁵⁹⁸</p>	
<p>Entidades Exceptuadas en el Sector Defensa (Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC)</p>	<p>Artículo 16 de la Ley 1150 de 2007⁵⁹⁹</p>	

principal o exclusivo de beneficiar a la comunidad. Todos esos ingresos pueden registrarse en las cuentas de los Fondos, en las condiciones que determine el reglamento.

⁵⁹⁷ Artículo 13. Procedimientos de Contratación De los Fondos de Servicios Educativos. Todos los actos y contratos que tengan por objeto bienes y obligaciones que hayan de registrarse en la contabilidad de los Fondos de servicios educativos a los que se refiere el artículo anterior, se harán respetando los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, aplicados en forma razonable a las circunstancias concretas en las que hayan de celebrarse. Se harán con el propósito fundamental de proteger los derechos de los niños y de los jóvenes, y de conseguir eficacia y celeridad en la atención del servicio educativo, y economía en el uso de los recursos públicos.

Los actos y contratos de cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos mensuales se regirán por las reglas de la contratación estatal, teniendo en cuenta su valor y naturaleza, y las circunstancias en las que se celebren. El Gobierno Nacional podrá indicar los casos en los cuales la cuantía señalada en el presente inciso será menor.

El rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los Fondos, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos.

Con estricta sujeción a los principios y propósitos enunciados en el primer inciso de este artículo, y a los reglamentos de esta Ley, el Consejo Directivo de cada establecimiento podrá señalar, con base en la experiencia y en el análisis concreto de las necesidades del establecimiento, los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones que deban registrarse en el Fondo, y cuya cuantía sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales. El Consejo puede exigir, además, que ciertos actos o contratos requieran una autorización suya específica.

⁵⁹⁸ Artículo 14. Del Régimen Contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus Filiales y Empresas con Participación Mayoritaria del Estado. <Artículo modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

⁵⁹⁹ Artículo 16. De las Entidades exceptuadas en el Sector Defensa. Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad.

En todo caso su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.

5.2 Por el objeto del contrato

Tipo Contractual	Fuente Normativa	Jurisprudencia
Contratos y Asociaciones con Entidades sin Ánimo de Lucro	Artículo 355 constitución política ⁶⁰⁰ . Decreto 777 de 1992 ⁶⁰¹	
Contratos para el Desarrollo de Proyectos Culturales	Artículo 36 Ley 397 de 1.997 ⁶⁰² .	
Contrato de asociación para actividades científicas y tecnológicas	Artículo 11 Ley 29 de 1990 ⁶⁰³ Artículo 1º decreto 393 de 1991 ⁶⁰⁴	Corte Constitucional en la Sentencia C-506 del 10 de noviembre de 1994. Providencia reiterada en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995.
Concesión Minera	Ley 685 de 2.001	Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, tres (3) de febrero de dos mil diez (2010), radicación número: 11001-03-26-000-2006-00052-01(33187).-
Contratación con Organismos Internacionales	Artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 ⁶⁰⁵ .	

⁶⁰⁰ Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

⁶⁰¹ Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

⁶⁰² Artículo 36. Contratos para el Desarrollo de Proyectos Culturales. Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas al fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a los requisitos establecidos en la citada normatividad.

⁶⁰³ Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias.

⁶⁰⁴ Artículo 1. Modalidades de Asociación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades. 1. Mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones. 2. Mediante la celebración de convenios especiales de cooperación. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este artículo, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-506 del 10 de noviembre de 1994. Providencia confirmada en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995, la cual a su vez declaró exequible este último numeral.)

⁶⁰⁵ Artículo 20. De La Contratación con Organismos Internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

Parágrafo 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

6. Ley 1882 de 2018 (última reforma vigente en materia de contratación pública)

6.1. Precisiones Previas.

1. Debe recordarse que “Colombia Compra Eficiente” había elaborado un proyecto normativo en materia de contratación de las entidades estatales, que implicaba la derogatoria de la propia Ley 80 de 1993, salvo el Parágrafo 2 de su artículo 41, al igual que otras disposiciones (Ley 1150 de 2007 y las normas que la modifican adicionan o sustituyen); además de otro marco normativo relacionado con la contratación⁶⁰⁶. Se trataba entonces, sin entrar a calificar su contenido, de una reforma estructural en materia de contratación estatal; sin embargo, éste proyecto, quedó como un borrador de estudio en el sentido que no fue tramitado ante el Congreso (Cámara - Senado).

2. Con posterioridad se empezó a tramitar ante el Congreso, el proyecto de Ley por el cual se “*adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia*”⁶⁰⁷, con un contenido inicialmente de nueve (9) artículos, que en el trámite respectivo, se adicionó hasta 25 artículos.

3. Revisado el anterior proyecto, se observa que no tenía como finalidad, realizar una reforma estructural de la Ley de Contratación de la administración pública; situación aceptada en la propia exposición de motivos, al señalar que su objetivo radicaba en: (i)

PARÁGRAFO 2o. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

Parágrafo 3o. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.

⁶⁰⁶ Según el artículo 47 del Proyecto la siguiente normativa: (a) la Ley 80 de 1993 salvo por el parágrafo 2 del artículo 41; (b) el parágrafo del artículo 16 de la Ley 84 de 1993; (c) numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993; (d) artículo 54 de la Ley 105 de 1993; (e) el artículo 200 de la Ley 115 de 1994; (f) el artículo 91 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 5 de la Ley 1738 de 2014 y el artículo 94 de la Ley 418 de 1997, prorrogados por el artículo 1 de la Ley 1738 de 2014; (g) el artículo 61 de la Ley 610 de 2000; (h) el artículo 19 de la Ley 805 de 2003; (i) el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1148 de 2007; (j) la Ley 1150 de 2007 y las normas que las modifican, adicionan o sustituyen; (k) el artículo 1 de la Ley 1219 de 2008; (l) el artículo 22 del Decreto Ley 4179 de 2011; (m) la expresión “los contratos que celebre” del artículo 10 del Decreto 4109 de 2011; (n) los artículos 1, 2, 4, 5, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 1474 de 2012; (o) el artículo 7 del Decreto 4819 de 2010, adoptado como legislación permanente mediante el artículo 96 de la Ley 1523 de 2012; (p) los artículos 51, 217, 218, 219, 220, 221 y 224 del Decreto Ley 019 de 2012; (q) el parágrafo 1 del artículo 13, el artículo 14 y el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013; (r) el artículo 2 de la Ley 1742 de 2014; y (s) el inciso final del artículo 5 y los artículos 31 y 33 de la Ley 1778 de 2016.

⁶⁰⁷ Radicado por el Ministro de Transporte; a este proyecto solamente le falta, un debate en Plenaria de la Cámara y la Conciliación. Ver: En Cámara Proyecto- 285 de 2017 y en Senado - Proyecto 084 de 2016.

introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y transparencia en la gestión contractual para aprovechar las grandes inversiones en materia de infraestructura; (ii) la necesidad de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes, cuya principal consecuencia ha sido, el debilitamiento del sistema de compras públicas; (iii) que si bien, existían diversas corrientes que propugnaban una reforma profunda del estatuto de contratación, la reforma estructural resultaba ser *“inconveniente para la confianza inversionista y pondría en riesgo la estabilidad jurídica de los grandes proyectos que se están ejecutando”*⁶⁰⁸.

Este trámite legislativo concluyó con la expedición de la Ley 1882 de enero 15 de 2018.

4. Del contenido del articulado de la nueva ley, se observa, lo siguiente:

- a. Los artículos **8 al 12 de la nueva Ley**, guardan relación con modificaciones a la Ley 1682 de 2013 (por la cual se adoptan medias y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias), relacionadas con reglas para la adquisición de predios.
- b. Los artículos **7, 13, 14, 15, 16, 19 y 20** de la nueva Ley 1882 de 2018, guardan relación con modificaciones a la Ley 1508 de 2012, que regula el tema de la contratación, frente a las Asociaciones Público Privadas: **(i)** Reconocimiento de derechos reales sobre inmuebles, que no se requieran para la prestación, como contribución al inversionista privado; **(ii)** prohibición para contratar en estos esquemas de asociación publico privada, a las sociedades de economía mixta, sus filiales, empresas de servicios públicos domiciliarios y empresas industriales y comerciales del estado; **(iii)** sistema de pre-calificación para la selección de contratista de proyecto de asociación público privadas; **(iv)** limitación temporal para celebrar este tipo de contratos (no – durante el último año de gobierno, salvo

⁶⁰⁸ Gaceta del Congreso No 605 de 10 de agosto de 2016.

excepciones: distrito capital, Municipios de Categoría especial, etc.); **(v)** costos de evaluación de los proyectos, por parte del contratista, en la contratación de iniciativa privada, relacionados con la revisión, evaluación en las etapas de pre-factibilidad y factibilidad; **(vi)** reconocimiento del valor autorizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, en los contratos de asociación pública privada, cuando se ha declarado su nulidad o su terminación, originada en una causal de esa naturaleza, reconocimiento que debe hacerse, en la liquidación del contrato.

- c. Los artículos 17, 18, 21 que modifican la Ley 1228 de 2008, relacionados con no, procedencia de indemnización, o reconocimiento alguno por obras nuevas o mejoras, derechos, en las fajas o zonas reservadas a que se refiere la indicada Ley.
- d. De manera importante, se quiere resaltar, que la Ley no trae, una discusión que venía siendo planteada en el proyecto (art. 5), relacionada con la: **Prohibición a las entidades estatales para contratar consultoría de diseños y estudios en ingeniería a través de contratos interadministrativos con las entidades públicas**

Esa oportunidad a las universidades públicas otorgada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, es una disposición que fomenta la competencia desleal y que tampoco es de recibo, que esta modalidad de selección sea la causa eficiente de financiación de éstas universidades públicas (la financiación de la entidades públicas, según la exposición de motivos, se realiza a través del presupuesto asignado por el Gobierno Nacional y territorial) ; además de lo anterior, este mecanismo de selección se ha venido utilizando para eludir el Estatuto General de la Contratación. Por esas consideraciones, en el artículo 5 del proyecto, se elimina la posibilidad, que tienen las Universidades Públicas, vía contratos interadministrativos, de realizar actividades de consultoría e interventoría en ingeniería (estudios, diseños e interventorías)⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹ Gaceta del Congreso No 605 de 10 de agosto de 2016, página 20.

6.2. Principales modificaciones, que consagra la nueva ley, relacionadas con el procedimiento administrativo contractual.

6.1.1 Normas para el fortalecimiento, eficiencia y transparencia de la contratación pública (Art. 1 de la Ley 1882 de 2018, por medio del cual se adiciona el artículo 30 de la Ley 80 de 1993)

- a. La finalidad de esta reforma, contenida el artículo primero de la Ley 1882 de 2018, radica en fortalecer el sistema de compras públicas para hacer frente a cuatro factores que en la exposición de motivos se indican como determinantes como en los más sonados escándalos de corrupción: (i) el conocimiento previo a la audiencia de adjudicación, por parte de los oferentes, de las propuestas económicas de los demás proponentes (interpretación del numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993); (ii) la escogencia aleatoria de la fórmula de evaluación, el día antes de la audiencia de adjudicación; (iii) subsanar los requisitos de la oferta, que no afecta la asignación de puntaje por parte de los proponentes, el día de la adjudicación; (iv) la modificación del orden de elegibilidad⁶¹⁰.

- b. **El nuevo artículo, relacionado con los procesos de licitación pública, para seleccionar contratistas de obra, consagra lo siguiente:** (i) la oferta estará conformada por dos (2) sobres; (ii) un primer sobre, que contendrá la documentación relacionada con los requisitos habilitantes y, demás documentación, a la que se le asigne puntaje, pero diferente a la oferta económica. (iii) el segundo sobre, contendrá únicamente, la propuesta económica, respetando, los requisitos exigidos en el pliego de condiciones; (iv) el informe de evaluación, respecto a ésta documentación de requisitos habilitantes y demás aspectos, será publicado (durante 5 días hábiles), término dentro del cual, se presentarán las respectivas observaciones y se subsanarán, los requerimientos solicitados; (v) finalizado el plazo de publicación, la entidad contratante, se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final, de evaluación de los requisitos habilitantes y de los requisitos objeto de

⁶¹⁰ Gaceta del Congreso No 605 de 10 de agosto de 2016, página 20 y 21.

puntuación, distintos a la oferta económica; (vi) el segundo sobre (que contiene la oferta económica), se mantendrá cerrado, hasta la audiencia efectiva, de adjudicación; (vii) en la audiencia de adjudicación, se pueden realizar, observaciones al informe final de evaluación, las cuales deberán resolverse, en la misma audiencia; (viii) dentro de la audiencia de adjudicación, se dará apertura al segundo sobre, se evaluará la oferta económica (a través del mecanismo establecido en los pliegos de condiciones), habrá un traslado a los proponentes habilitados, relacionado exclusivamente, con la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad.

6.1.2 La responsabilidad de consultores, asesores externos, interventores (artículo 2 Ley 1882 de 2018, que modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993)

- a. La norma que regulaba ésta materia, consagraba el siguiente régimen de responsabilidad: (i) **responsabilidad contractual** por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas de su propio contrato de consultoría, interventoría; (ii) **responsabilidad extracontractual**, por la imputación de hechos u omisiones, que causen daño, a las entidades, derivados del contrato sobre el cual ejercen, sus respectivas funciones.
- b. Sostuvo la exposición de motivos del proyecto, que esa normativa vigente, era contraria a la teoría de la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, que es de tradición culpabilista.
- c. La finalidad de la modificación parte: (i) de aceptar, que conductas omisivas y fácticas, de éstos sujetos contractuales, no solamente, pueden conllevar incumplimiento de sus propias obligaciones contractuales; sino, que igualmente, pueden conllevar daños, o perjuicios, a las entidades contratantes, en el contrato, de obra pública celebrado; (ii) pero, ese daño o perjuicio, debe tener como causa, el incumplimiento de sus propias obligaciones contractuales; (iii) **no se consagra entonces, una responsabilidad estrictamente extracontractual**, sino, se trata es de extender, el incumplimiento de las propias obligaciones contractuales, como

causa de daños y perjuicios, a la entidad pública, en el contrato, donde se ejercen las funciones.

- d. La **responsabilidad que debe recaer sobre los interventores**: (i) si bien, en términos generales se encuentra regulada, de la misma forma, que la responsabilidad, para los consultores y asesores; (ii) se consagra un aspecto especial, en cuanto, puede ser responsable, por el incumplimiento de sus propias obligaciones de interventoría, o, por responsabilidad directa.

6.1.3 De la competencia del Gobierno Nacional en materia de estandarización de pliegos de condiciones (art. 4 de la Ley 1882 de 2018, que modifica el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007):

a) La naturaleza jurídica del pliegos de condiciones y la nueva Ley

1. Si bien, esa naturaleza jurídica no ha sido pacífica (reglamento - acto administrativo general - acto administrativo mixto (unilateral para el proceso, pero bilateral, por integrarse al propio contrato)); se ha venido sosteniendo, que al carecer el pliego de condiciones de vocación de permanencia (está destinado a surtir efectos en un proceso de contratación), se venía aceptando la tesis, que es un acto administrativo general, de naturaleza mixta: (i) nace como acto administrativo general; pero, (ii) a partir de la celebración del contrato, se convierte en cláusula contractual.
2. En nuestro ordenamiento jurídico, puede afirmarse desde la visión normativa, que la competencia para proferir el pliego de condiciones, se ha venido asignando a la administración y no al ejecutivo nacional mediante la potestad reglamentaria; competencia que la propia jurisdicción contenciosa administrativa viene avalando al declarar la nulidad de los decretos reglamentarios que han regulado aspectos de imposición a la administración en esta materia.

3. Esa competencia de la administración y su ejercicio discrecional respecto al contenido del pliego de condiciones, responde a la propia estructura del estatuto general de contratación: autonomía de la voluntad y enunciación de principios; bajo la filosofía de libertad de la administración para contratar y una correlativa responsabilidad; sin embargo esta fórmula de “*contrapesos*”, al no ser efectiva, conlleva no solamente a una cultura de corrupción, sino igualmente a una hiperinflación de la potestad reglamentaria.

6.1.4 La finalidad de los pliegos estandarizados o pliegos tipo.

1. La consagración de pliegos estandarizados como objetivo central está destinado a: **i)** garantizar la transparencia en la selección; **ii)** permite mayor participación de proponentes; **iii)** se disminuyen el grado de discrecionalidad de la entidad pública contratante; y, **iv)** evita la arbitrariedad.
2. En este punto es relevante, recordar que la estandarización de los pliegos de condiciones ***no es un tema novedoso en nuestro ordenamiento jurídico***, por cuanto el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ya lo contemplaba; y además le otorgó al Gobierno Nacional, que lo reglamentara, al respecto se tiene: “[...] *Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional tendrá **la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.***[...]”.
3. La potestad de “***estandarización del pliego de condiciones***” implica, una discusión a nivel interno, entre, el legislativo, el ejecutivo y el órgano jurisdiccional; lo anterior, por cuanto frente a esa facultad, el H. Consejo de Estado, se ha pronunciado en el sentido que la misma: “*no puede llegar a ser entendida como una patente de corso para vaciar de contenido la potestad de contratación de las entidades estatales, pues una interpretación en ese sentido*

haría nugatoria la amplia libertad de configuración de los pliegos que por su naturaleza les asiste justamente para el desarrollo normal de sus actividades”.

6.1.5 Modificaciones en materia de Selección Objetiva (artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, modifica el párrafo 1 y adiciona los Parágrafos 3, 4 y 5 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007)

- a. Cómo es de conocimiento, los requisitos que no afecten la asignación de puntaje, podrían ser subsanados, hasta la adjudicación.
- b. Con la nueva normativa, se modifica esa oportunidad, y, se señala expresamente, que la subsanación va, hasta el término del traslado de la evolución.
- c. Constituye causal de rechazo, de las ofertas, que no se subsanen dentro del plazo indicado.
- d. Se consagra que el “*plazo preclusivo*” para la entrega de la garantía de seriedad, es con la presentación de la propuesta; de igual manera, se establece, que este documento no es subsanable y por consiguiente, es causal de rechazo de la propuesta.
- e. Establece, frente a los “mecanismos de subasta”, no aplican las reglas anteriores y por el contrario, existe, un plazo especial, en el sentido, que pueden ser subsanados “***hasta el momento previo, a la realización de la subasta***”.
- f. Finalmente esta reforma, al adicionar el Parágrafo 4, crea un incentivo para el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas de ingeniería; se sostiene en la exposición de motivos, que en la actualidad no existe norma que obligue a las entidades contratantes, aceptar la experiencia que acrediten los proponentes, como resultado de la ejecución de contratos entre privados, lo cual conlleva a que las Pymes de ingeniería cumplan solamente un rol secundario, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructura, al cárcel de la experiencia solicitada por las entidades contratantes.

6.1.6 Publicación de PROYECTOS de pliegos de condiciones y Estudios Previos (artículo 6 de la Ley 1882 de 2018, modifica el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007)

- a. En desarrollo del principio de publicidad, y, a efectos que se puedan presentar observaciones, existe el deber, de publicar, éstos proyectos; precisando o aclarando que dicha publicación, no genera obligación para la entidad de “dar apertura al proceso de selección”. De igual manera, se deben publicar, las razones por las cuales se acogen o rechazan las obligaciones formuladas.

- b. Con la nueva ley, se deja claro, para evitar interpretaciones diferentes, que **no es obligatorio, contar con disponibilidad presupuestal**, para realizar la publicación del respectivo proyecto.

De ésta manera, se ha agotado un aspecto fundamental, respecto a la actividad contractual pública, en el sentido de visibilizar los grandes problemas de **orden sustancial**, que concurren a la denominada “*crisis de la actividad contractual*” y que no podían dejarse de analizar, a efectos de sostener nuestra hipótesis.

Significando lo anterior, que no solamente coexiste, una problemática de orden sustancial, legislativa, reglamentaria, sino también de **naturaleza procesal**, que se concreta como veremos en el capítulo siguiente, en el denominado “*control de legalidad difuso*” del contrato público y de manera específica, el relacionado con el **acto administrativo de adjudicación**, constituyendo éste último, el tema central de la presente investigación.

Capítulo Cuarto

La crisis del Control de legalidad de la actividad contractual pública - acto administrativo de adjudicación “Control Difuso”

La finalidad de éste capítulo, radica en demostrar, la existencia de un control de legalidad difuso, respecto no sólo a la actividad contractual general, sino igualmente, con relación al acto administrativo de adjudicación; todo sin desconocer, las consecuencias y la incidencia de éste marco procesal de legalidad, frente al régimen sustancial del contrato público.

Este capítulo comprende cuatro aspectos básicos: **(i)** en primer lugar, plantear la coexistencia de los medios de control (por decirlo de alguna manera “*naturales*”, que tradicionalmente han sido aceptados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto a la actividad contractual pública), con el control de legalidad realizado mediante el ejercicio de la “*acción popular*” y el “*arbitramento*”, en materia pública. **(ii)** En segundo lugar, demostrar cómo se ha venido regulando y aceptando de manera pacífica el control de legalidad respecto del denominado “*acto administrativo de adjudicación*”; **(iii)** en tercer lugar, demostrar la problemática que encierra el control vigente de legalidad del acto administrativo de adjudicación; **(iv)** en cuarto lugar, plantear, explicar y esencialmente justificar, la necesidad de un nuevo control de legalidad, del acto administrativo de adjudicación.

I. Control de legalidad difuso del contrato público

1. Jurisdicción Contencioso Administrativa: Diferentes medios de control - Acción Popular - Arbitramento

a). El medio de control contractual admite pretensiones de orden subjetivo y de orden objetivo (nulidad absoluta del contrato); la legitimación radica en primer lugar en las partes contratantes, sin desconocer que igualmente está legitimado el Ministerio Público y los terceros con interés⁶¹¹.

b). Este medio de control, no procede contra los actos administrativos proferidos en desarrollo de la actividad contractual, pero con anterioridad a la celebración del contrato; para ese tipo de actos está consagrada la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho⁶¹². Es importante resaltar que nuestra legislación ha optado, por aceptar el medio de control de naturaleza contractual respecto a los actos administrativos, que se profieran con posterioridad a la celebración del contrato, lo cual en estricto sentido, tiene como efecto jurídico, ampliar el término de caducidad (de 4 meses, regla general, a dos años (2) regla general, para el denominado acto administrativo contractual⁶¹³); sin embargo, desde una visión sustancial, las causales y el control de legalidad de los actos aplica igualmente para ésta “*especial*”, categoría de acto administrativo⁶¹⁴.

⁶¹¹ Dispone al respecto el Artículo 141 de la Ley 11437 de 2011 (CPACA): “...Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas....*El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes*”.

⁶¹² En este sentido el artículo 141 del citado Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece: “...Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso...”

⁶¹³ El artículo 164 en el numeral segundo literal j) señala: “... *En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente...*”

⁶¹⁴ Es relevante precisar, que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato; y además se cuestiona la legalidad del acto de adjudicación, vía sea en nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, la jurisprudencia ha indicado, que prevalece el término de caducidad del contrato -2 años-; sin embargo, si se pretende el restablecimiento del derecho, el ejercicio del derecho de acción se debe realizar en el término de 4 meses – caducidad del acto-. Ver al respecto: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; noviembre trece (13) de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02922-01(28479); Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607); Sección Tercera; Subsección A; Marta Nubia Velásquez Rico; dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00045-01(54794).

c). La nulidad absoluta del contrato puede declararse igualmente en ejercicio de la facultad oficiosa del funcionario judicial, bajo el condicionamiento jurídico que en la respectiva actuación procesal, hayan intervenido las partes del respectivo contrato⁶¹⁵.

d). Mediante este medio de control se pueden solicitar diversas pretensiones o declaraciones: La propia existencia del contrato estatal – la nulidad (absoluta o relativa) del contrato – la revisión del vínculo contractual - las relacionadas con el incumplimiento del contrato, - el control de legalidad de los actos administrativos contractuales. Se trata de una enunciación de pretensiones o declaraciones, habida cuenta que el legislador en esta materia, ha optado por consagrar una cláusula abierta en el sentido de permitir “*que se hagan (presenten) otras declaraciones*”.

e). Respecto al contenido del medio de control, se presenta entre las dos normas, un cambio en cuanto, la anterior norma hace referencia al “*contrato estatal*”⁶¹⁶, mientras la nueva norma consagra “*contrato del Estado*”⁶¹⁷; ese cambio no es un asunto meramente formal o de redacción, por el contrario, zanja una discusión jurisprudencial, en cuanto el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa, no se limita al denominado “*contrato estatal*”, regido por la Ley 80 de 1993 y sus correspondientes modificaciones, sino que comprende igualmente a cualquier contrato del Estado, independientemente que se regule o no por las normas de la citada Ley 80 de 1993.

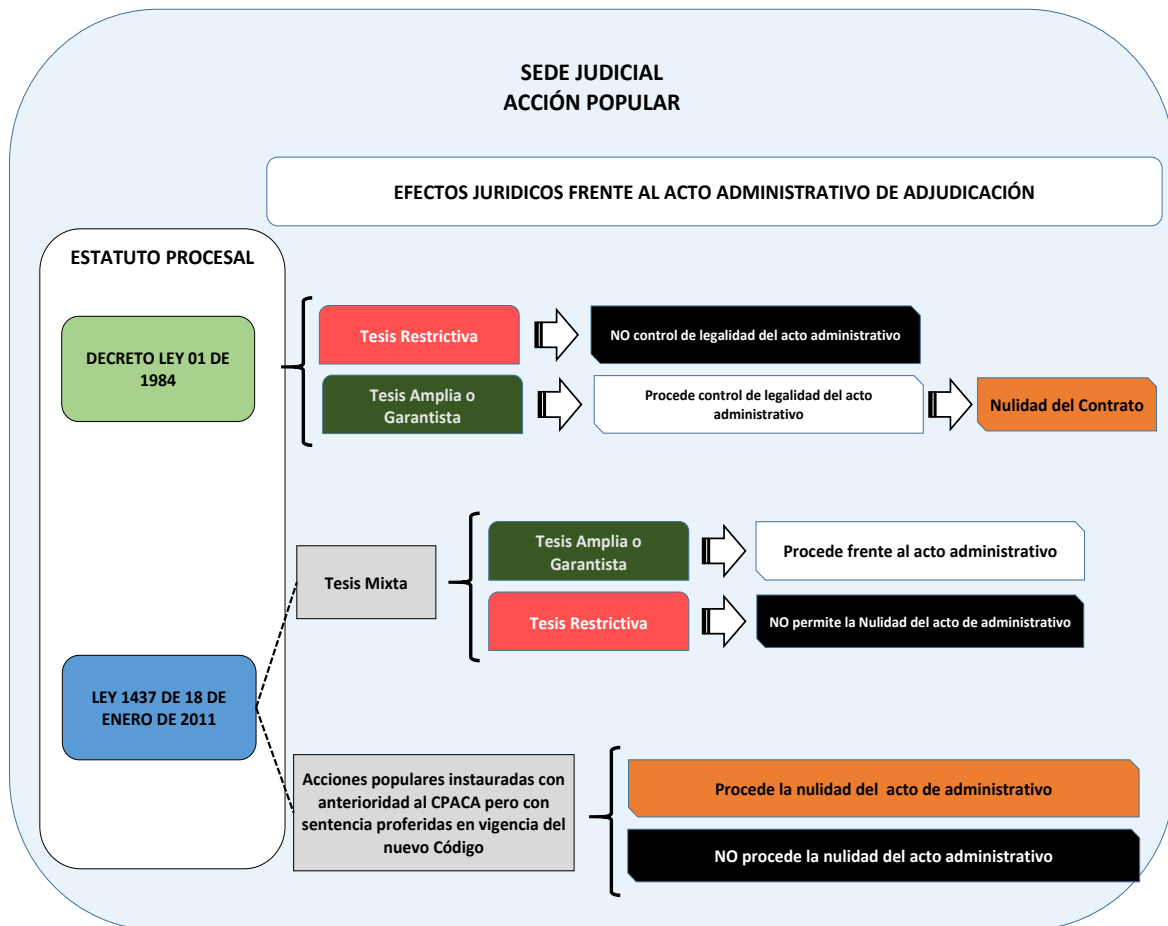
2. El contrato estatal y la acción popular

En esta oportunidad no se realizará un estudio detallado de la “*acción popular*”, por el contrario, la finalidad es analizar el desarrollo jurisprudencial y normativo relacionado con la alternativa procesal de discutir la legalidad del contrato estatal, en ejercicio de la acción popular y bajo el fundamento de la protección de los derechos e intereses colectivos.

⁶¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo (05) de dos mil catorce (2014), Radicación: 11001032600020130005300 (46.992); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006), Expediente No. 13414 (R-7186), entre otras.

⁶¹⁶ Artículo 87 del Derogado Decreto 01 de 1984.

⁶¹⁷ Ver artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.



a. La controversia en vigencia del anterior código contencioso administrativo – Decreto Ley 01 de 1984 y sus modificaciones.

Como es de conocimiento, se ha presentado un interesante debate a nivel jurisprudencial y doctrinal, respecto al control de legalidad de los actos administrativos y del contrato estatal, mediante el ejercicio de la acción popular, surgiendo de manera concreta dos importantes tesis: a) la denominada tesis restrictiva; que excluye de la acción popular el control de legalidad del contrato estatal⁶¹⁸; b) la denominada tesis amplia o garantista⁶¹⁹,

⁶¹⁸ Bajo esta tesis, si bien se acepta el carácter principal y no subsidiario de la acción popular; se sostiene que no es factible el control de legalidad del contrato estatal, habida cuenta que para su discusión, el legislador ha consagrado un mecanismo ordinario, es decir, la anterior denominada acción contractual, hoy medio de control contractual. Al respecto podemos observar entre otras, las siguientes decisiones del Consejo de Estado al respecto: Sentencia de fecha 3 de abril de 2001, Exp. A.P 0089; la sentencia de fecha 06 de Septiembre de 2001, Exp. A.P 057; la sentencia de fecha 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, la sentencia del 4 de Abril de 2002, Exp. A.P 897., la Sentencia de fecha 16 de Agosto de 2003, Exp. AP1768, la Sentencia de fecha 25 de enero de 2001, Exp. A.P 156 y la Sentencia 5 de Julio de 2001, Exp. A.P

que sostiene la posibilidad de realizar un control de legalidad del contrato estatal, cuando están de por medio derechos o intereses colectivos, aceptando aún la declaratoria de nulidad del contrato estatal, como competencia del juez popular⁶²⁰.

Desde el punto de vista del análisis de una previa línea jurisprudencial, puede afirmarse, que prevaleció la tesis denominada "*garantista*" y por consiguiente el contrato estatal pudo ser objeto de control de legalidad (aún de declaratoria de nulidad absoluta) mediante el ejercicio de la acción popular, cuando se fundamentaba que la amenaza o vulneración a un derecho colectivo, tenía como causa el indicado contrato estatal.

En nuestro criterio, en una interpretación sistemática de las normas que regulan la acción popular (Ley 472 de 1998) procede aceptar ese control de legalidad del contrato estatal, no solamente por medio del mecanismo ordinario (acción contractual), sino igualmente, mediante la acción popular por cuanto: a) La acción popular, a diferencia de otros mecanismos constitucionales, no es de naturaleza subsidiaria, sino principal. b) La acción popular procede contra "toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos"; obsérvese que no existe ninguna limitante que permita inferir que se excluye de esta acción la actividad contractual. c) La consagración de manera expresa, en vigencia del artículo 40 de la citada Ley, el tema de "sobrecostos", o de otras "irregularidades",

068. Esta postura restrictiva ha sido asumida igualmente por un sector de la doctrina, encabezado por ejemplo por el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, ver, "Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil", Bogotá: Baker & Makenzie, 2000 y el tratadista Carlos Betancur Jaramillo, ver, "Las Acciones Populares y el Contencioso de los Contratos" Bogotá: Conferencia dictada en octubre de 2.004

⁶¹⁹ Se sostiene que el posible examen de la legalidad del contrato estatal con la finalidad de definir precisamente, si amenaza algún interés o derecho colectivo. Con relación a la denominada tesis amplia o garantista se pueden enunciar las siguientes sentencias del Consejo de Estado: sentencia de fecha 29 de mayo de 2003, acción popular 2599. sentencia de fecha 04 de Septiembre de 2003, acción popular 435; sentencia de fecha 31 de octubre de 2002, acción popular 518; sentencia de fecha 26 de septiembre de 2002, acción popular 612; sentencia de fecha 10 de Julio de 2002, acción popular 465; sentencia de fecha 19 de Julio de 2002, acción popular 098; sentencia de fecha 12 de febrero de 2001 acción popular 008; sentencia de fecha 30 de Noviembre de 2000, acción popular 115 y la sentencia del 25 de Enero de 2001, expediente 158.

⁶²⁰ Se hace necesario resaltar, que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-088 de 2000, si bien declaró exequible el contenido del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, advirtió en las consideraciones: "...no significa que a través de las acciones populares, se debatan y decidan, controversias de tipo contractual que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y el Código respectivo". Sobre este aspecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado (providencia de octubre 31 de 2002) interpretó que dicha afirmación de la Corte, no tiene carácter vinculante, por cuanto la sentencia de constitucionalidad no tenía por objeto definir, la procedencia o no de la acción popular para la protección de los derechos colectivos cuando su afectación estaba relacionada con la celebración de un contrato estatal; de igual manera, porque no se justificó la razón, por la cual los asuntos contractuales no podían ser cuestionados ante el juez de la acción popular, cuando involucraran vulneración de derechos colectivos y tampoco se condicionó el fallo en ese sentido; es decir, le otorgó un carácter de obiter dicta, y le negó cualquier fuerza obligatoria o vinculante.

provenientes de la contratación para consagrar una responsabilidad solidaria, entre la entidad contratante y el contratista.

Sin embargo, el aceptar esa procedencia de la acción popular, en materia de la legalidad de la actividad contractual, no impide resaltar las tensiones de orden jurídico que la misma conlleva; especialmente respecto a las siguientes instituciones jurídicas: la caducidad y la legitimación. Lo anterior por cuanto:

(i). La caducidad en la acción popular por regla general debe promoverse durante “*el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho o interés colectivo*”⁶²¹; mientras que el ejercicio de la acción contractual (en vigencia del Decreto 01 de 1984,) debía realizarse dentro de un concreto término de caducidad, que correspondía por regla general a dos (2) años contados a partir de su perfeccionamiento; en todo caso, no podía ser superior a cinco (5) años⁶²².

No se presenta ninguna dificultad para sostener que como la caducidad en materia de la acción popular, no está fundada en un plazo determinado, sino, en la condición de la subsistencia de la amenaza o violación del derecho colectivo, se presentaban situaciones, donde a pesar que la acción ordinaria contractual se encontraba caducada (por fenecimiento del tiempo), el control de legalidad del contrato estatal y su declaratoria de nulidad se realizaba por vía de la acción popular⁶²³.

(ii). La legitimación en la acción popular, dada su naturaleza (acción pública) es amplia, bajo el entendimiento que cualquier persona puede ejercer este tipo de acción, por cuanto así lo dispone el numeral 1^o⁶²⁴ del artículo 12 de la Ley 472 de 1998. Por el contrario, en materia contractual, se puede de manera general enunciar varios momentos normativos, que van desde: consagrar una legitimación limitada a las partes y al tercero

⁶²¹ Ver Consejo de Estado; Sección Quinta; Consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buritica; cinco (5) de junio de dos mil tres (2003); Radicación número: 25000-23-25-000-2002-0034-01(AP). Sección Quinta; Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla; once (11) de octubre de dos mil dos (2002); Radicación número: 73001-23-31-000-2002-1351- 01(AP-641)

⁶²² Ver al respecto el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

⁶²³ Señala el artículo 164 literal j) inciso segundo del CPACA “...*En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente...*”

⁶²⁴ “Artículo 12^o.- *Titulares de las Acciones.* Podrán ejercitar las acciones populares: 1. Toda persona natural o jurídica”.

que acredite un interés directo en el contrato (artículo 87 CCA – artículo 17 Decreto – Ley 2304 de 1989); posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 (artículo 45⁶²⁵) a efectos de la nulidad absoluta del contrato, se consagró una legitimación amplia, de alguna manera pública, habida cuenta que podía ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio; con la entrada en vigencia del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se regresa a una legitimación limitada, por cuanto la nulidad absoluta, solamente puede ser planteada por cualquier tercero cuando acredite un interés directo, norma está que implicó una derogatoria tácita del citado artículo 45 de la Ley 80 de 1993; finalmente con la entrada en vigencia del CPACA (artículo 141), la nulidad absoluta del contrato, puede ser solicitada por las partes del contrato, por el Ministerio Público, por un tercero que acredite un interés directo ó declarada de oficio.

Es clara entonces la contradicción en materia de legitimación, por cuanto, en la acción contractual está limitada, mientras que por vía de la acción popular, cualquier persona a efectos de la protección de los derechos colectivos, podría solicitar la nulidad del contrato estatal, cuando se afirme que éste es la causa de la amenaza o violación de los mismos.

b. La controversia en vigencia del actual código contencioso administrativo – Ley 1437 de 2011

El nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (144 - CPACA), de manera expresa toma partido respecto a la discusión jurisprudencial que venía presentándose (tesis restrictiva – tesis garantista) y asume por decirlo de alguna manera una posición mixta. Lo anterior por cuanto: permite el ejercicio de la acción popular, aún en los casos cuya causa es un acto administrativo o un contrato (tesis garantista); - limita la competencia del juez popular en cuanto consagra que en ningún caso puede anular el acto o el contrato (tesis

⁶²⁵ Precisa la citada norma: "La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre".

restrictiva)⁶²⁶- asigna competencia al Juez popular para que adopte las medidas necesarias, con el fin de hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

En principio, de una lectura rápida de la nueva norma (144) podría afirmarse que el legislador al regular el tema, saneó y definió las controversias de orden jurisprudencial y las consecuencias jurídico procesales de las mismas; sin embargo, de una lectura más detenida, se puede sostener, que con dicha regulación, en estricto sentido, se agravó más la tensión relacionada con ésta temática de la acción popular y la legalidad del contrato estatal. A continuación se desarrollan las principales contradicciones que se presentan con la nueva regulación contenida en el artículo 144⁶²⁷ del CPACA.

c. Las competencias del juez popular para determinar al contrato estatal como causa de la amenaza o violación de derechos colectivos.

No existe duda que si la causa de la amenaza o violación a un derecho colectivo es un contrato, por mandato legal, procede la acción popular⁶²⁸, pero sin competencia para declarar la nulidad del mismo.

Bajo este mandato legal, el Juez popular, tiene competencia para analizar y definir en estricto sentido no la legalidad del contrato estatal, sino sí su celebración y ejecución constituyen la causa eficiente de la amenaza o violación de derechos colectivos.

Al consagrarse en el nuevo código, la ausencia de competencia del juez popular para definir la nulidad del acto administrativo o del contrato, se acepta tácitamente, la tesis que el juez dentro de la acción popular no tiene competencia alguna para “*realizar el control*”

⁶²⁶ Artículo 144 del CPACA inciso segundo “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

⁶²⁷ En sentencia C-644 de 2011 la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “... sin que en uno u otro evento, pueda el juez, anular el acto o contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”, contenida en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

⁶²⁸ La Ley 472 de 1998, desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares, como el medio para el ejercicio de la protección de los derechos e intereses colectivos”.

*de legalidad del acto administrativo o del contrato estatal*⁶²⁹; es decir, se acepta una línea divisoria, relacionada con la diferencia entre el estudio del acto o del contrato que se realiza en sede de acción popular y la que se ejerce por los medios ordinarios y naturales de control; en el sentido de afirmar, que en la primera (popular) se busca efectuar un **análisis constitucional** del interés afectado, por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo; en la segunda (nulidad y restablecimiento del derecho – contractual) se efectúa un cotejo entre el acto administrativo – el contrato y las normas que lo regulan.

En ese orden de ideas, aceptando que en la acción popular no se realiza un control de legalidad del acto administrativo o del contrato estatal, se justifica que el legislador haya limitado la competencia del juez popular, a efecto de no estar facultado procesalmente para declarar la nulidad.

Los interrogantes que surgen se centran en definir: **(i)** como hace un juez popular para determinar jurídicamente que el contrato es la causa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, sin analizar su fundamento legal?; **(ii)** puede aceptarse que un contrato es celebrado de conformidad con el ordenamiento jurídico, pero no puede ser ejecutado porque amenaza o viola derechos colectivos?; **(iii)** amenazar o violar un derecho colectivo no es un asunto de infracción al ordenamiento jurídico?⁶³⁰.

d. La competencia del juez popular y las medidas para hacer cesar la amenaza o vulneración, cuando la causa se impute a un acto administrativo o contrato estatal.

La nueva política legislativa como se ha indicado radica en: excluir la competencia del juez popular para declarar la nulidad del acto administrativo o del contrato estatal, pero asignarle competencia para que adopte las medidas necesarias para hacer cesar la

⁶²⁹ Para tal efecto se observa que el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, dispone: “...Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos...”. La expresión subrayada declarada Exequible por los cargos analizados, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011...”

⁶³⁰ Garzón Martínez Juan Carlos. “Crisis del control de legalidad del contrato estatal. Hacia una nueva visión interpretativa. Memorias XXXVI – Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Pereira. Septiembre de 2015.

amenaza o la vulneración de los derechos colectivos, aún en los casos donde la causa es precisamente un acto administrativo o un contrato estatal⁶³¹.

Bajo el supuesto normativo, que en estos casos la acción popular no termina con la nulidad del acto administrativo o del contrato estatal, un primer aspecto que debe precisarse, es si esa competencia que se otorga al juez popular cuando se está frente a un acto administrativo o a un contrato estatal, debe entenderse como una “medida cautelar”?; igualmente si el trámite de las mismas y su razón de ser, debe ser interpretada con base en las normas generales que la regulan en el CPACA, o en las especiales desarrolladas por la propia Ley de acciones populares?.

Los interrogantes son válidos, por cuanto en estricto sentido y desde la visión de las normas generales del CPACA (229⁶³² y ss), en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es factible decretar medidas cautelares, con la finalidad de *“proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*. De igual manera desde la visión de la norma especial sobre acciones populares, Ley 472 de 1998 (25⁶³³ y ss), es procedente decretar medidas cautelares con la finalidad de *“prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”*.

Es importante resaltar la diferencia desde la razón de ser, o la finalidad que persigue las medidas cautelares en una y otra normativa: En el proceso ordinario declarativo, regulado por el CPACA, es proteger la *“pretensión”* y garantizar la *“sentencia”*; en las acciones populares, la medida cautelar tiene una finalidad diferente, es *“prevenir el daño*

⁶³¹ El citado artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

⁶³² Artículo 229. “...Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”, éste parágrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284 de 2014.

⁶³³ “...*Medidas Cautelares*. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes: a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando; b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado; c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas; d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo”.

inminente"⁶³⁴; el cual es diferente del denominado "*daño contingente*"⁶³⁵ que es en esencia el objeto de la acción popular.

Con base en la anterior precisión, puede aceptarse que la competencia que el juez de la acción popular, tiene para "*adoptar medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos*", tiene la naturaleza jurídica de "*medida cautelar*" pero no bajo la normativa del CPACA, sino de las normas de la propia acción popular; por consiguiente, el decreto de las mismas, solo procede cuando este demostrado que el acto administrativo o el contrato estatal es la causa del "*daño inminente*" respecto a los derechos colectivos, objeto de protección y no por causales de legalidad de uno o de otro.

Lo anterior es importante, por cuanto respecto al "*acto administrativo*" y al "*contrato estatal*", en estricto sentido la medida necesaria para "*hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos*", no es otra diferente a la suspensión de los efectos jurídicos y la prohibición de la ejecución del contrato celebrado⁶³⁶.

Pero esas medidas en la acción popular, no pueden proceder bajo las reglas generales de la suspensión del acto administrativo o la suspensión de la ejecución del contrato estatal, por cuanto las mismas implican un control de legalidad, para lo cual no tiene competencia el juez popular; sino bajo las propias reglas de la acción popular que permite a título de medida cautelar: "*ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando*".

Es importante resaltar, que a efecto de decretar una medida cautelar, dentro del trámite de la acción popular, cuando la misma tiene como causa un acto administrativo o un contrato estatal, el debate no se centra en un control de legalidad de las normas que fundamentan la expedición del acto o del contrato estatal; no se trata de desvirtuar de entrada el principio de legalidad; sino de demostrar, que existe un daño inminente que

⁶³⁴ Inminente es un término con origen en el vocablo latino *imminens* que, a su vez, produce de *imminere* ("amenazar"). En concreto, podemos determinar que es una palabra que se encuentra conformada por tres elementos latinos: El prefijo "in-", que se usa para indicar que algo está adentro o que entra; el verbo "minare", que puede traducirse como "amenazar" y el sufijo "-nte", que viene a emplearse como sinónimo de "agente".

⁶³⁵ Que puede suceder o no suceder.

⁶³⁶ Cfr. García – Trevijano Garnica, Ernesto. La suspensión del contrato administrativo. Cuadernos Civitas. 2001.

amenaza o viola un derecho colectivo y que sencillamente la causa de ese daño es un acto administrativo o un contrato estatal.

Se entra a continuación a analizar el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 que fue objeto de control de constitucionalidad mediante sentencia C – 284 de 2014⁶³⁷.

Indica el párrafo: “... *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio...*”.

De una manera concreta la Corte Constitucional en la citada sentencia declaró la constitucionalidad del anterior párrafo respecto de las acciones populares, y la inconstitucionalidad, respecto a los procesos de tutela.

Esa constitucionalidad respecto al tema que nos ocupa, implica resaltar algunos puntos con base en la ratio decidendi de la sentencia:

(i). La razón de ser de la decisión judicial de constitucionalidad, se puede concretar de la siguiente manera: “*El legislador cuenta con un margen amplio para la configuración del proceso de las acciones populares*”; - de igual manera que en ejercicio de esa atribución, la norma demandada no introduce una restricción en los poderes que antes de la Ley 1437 de 2011, le confirió la ley 472 de 1998 al Juez popular; - Así mismo, que el hecho que la acción popular se tramite en unos casos ante la jurisdicción contenciosa y en otros casos, ante la jurisdicción ordinaria, es razón suficiente para justificar, la diferencia entre las medidas cautelares en una y otra jurisdicción⁶³⁸.

⁶³⁷ Corte Constitucional, Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), Referencia: expediente D-9917. Actores: María Fernanda Zambrano Guevara y Daniel Ricardo Rincón Riaño. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 “*por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁶³⁸ Preciso la Corte al respecto: “...Lo anterior debe ser suficiente para concluir que el legislador cuenta con un margen amplio para la configuración del proceso de las acciones populares. Pero esta Corte ha reconocido que ese margen, aunque amplio, no es absoluto. La Constitución misma le fija ciertos límites. Algunos se derivan de su naturaleza de acciones constitucionales, pues están previstas en la “*norma de normas*” (CP art 4), y de la preponderancia de los derechos que están llamadas a proteger.¹² Otros se infieren de las normas constitucionales que regulan las garantías del procedimiento judicial, tales como el debido proceso (CP art 29), el principio de prevalencia del derecho sustancial (CP art 228), el derecho de acceso a una administración de justicia efectiva y de fondo (CP arts 2 y 229), el derecho a un proceso

(ii). Esta norma no deroga expresa, ni tacita, ni orgánicamente las normas que regulan de manera especial las medidas cautelares en la acción popular (el artículo 17 inciso 3, el artículo 18 inciso 2, el artículo 25 y el artículo 26 de Ley 472 de 1998). Lo anterior significa que "coexisten" las normas relacionadas con las medidas cautelares consagradas en el CPACA y las propias y especiales reguladas por la ley de la acción popular. Es decir se trata de una *sui generis* complementariedad; estando facultado el juez popular, para decretar las medidas de uno y otro estatuto, sin que esto suponga contradicción u omisión alguna.

Habida cuenta que se encuentran vigentes las dos normas que regulan las medidas cautelares, se reitera que para el caso concreto objeto de análisis, es decir, cuando la causa del daño colectivo se imputa a un acto administrativo o a un contrato estatal, en estos supuestos por lo sostenido con anterioridad, no proceden las medidas consagradas en el CPACA, sino las consagradas para la acción popular en la Ley 472 de 1998, bajo el entendimiento, que se trata más de medidas provisionales que buscan la protección inmediata de los derechos colectivos amenazados o violados y no simplemente, se reitera, garantizar la sentencia posterior o proteger el objeto del proceso que caracterizan la razón de ser de la medida cautelar en el proceso ordinario regulado por el CPACA⁶³⁹.

e. El medio de control de legalidad ordinario del contrato estatal y los efectos de las decisiones en la acción popular.

Como se dejó establecido, con anterioridad a la entrada en vigencia del CPACA (144), acéptese o no la auto-denominada tesis garantista, acéptese o no la competencia del juez popular para realizar un control de legalidad del acto administrativo y del contrato estatal en sede de acción popular, lo cierto es que dentro de la propia acción popular se declaraba la nulidad del acto administrativo y del contrato estatal.

oportuno y sin dilaciones injustificadas (CP art 228), entre otros. El legislador no puede, en consecuencia, por ejemplo establecer normas que alteren el carácter preferente de los procesos constitucionales sobre los de rango legal, debe abstenerse de rodear los procesos a que las mismas den lugar con regulaciones que dificulten irrazonablemente el acceso a la justicia,¹⁴ o que interfieran en el derecho a una administración de justicia efectiva,¹⁵ que resuelva los asuntos de fondo,¹⁶ oportunamente,¹⁷ y en la cual se le reconozca al principio de prevalencia del derecho sustancial una trascendencia compatible con la importancia de los derechos en juego...".

⁶³⁹ Artículo 25 de la Ley 472 de 1998.

La cuestión con la entrada en vigencia de la nueva normativa (CPACA), es que si bien, ni el acto administrativo, ni el contrato estatal, pueden ser declarados nulos, sus efectos jurídicos, puedan estar suspendidos o cesantes, por orden del juez popular; por consiguiente la pregunta obligada es *¿qué sucede jurídicamente frente a la legalidad del acto administrativo y del contrato estatal, que no está surtiendo sus propios efectos jurídicos a causa de una decisión de un juez popular? ¿es necesario acudir a los medios de control ordinarios, con la finalidad, que el Juez natural del acto o del contrato, defina de fondo, sobre la nulidad de los mismos?*⁶⁴⁰

Una primera respuesta implica revisar si en estos casos, procede con posterioridad un control ordinario de legalidad del acto administrativo o del contrato estatal, cuyos efectos han sido suspendidos por decisión del juez popular.

En este orden de ideas, en principio puede sostenerse la tesis que como la decisión del juez popular, no se sostiene en un control de legalidad ordinario del acto o del contrato, no se presenta ninguna razón para justificar que el acto o el contrato, se someta ante su juez natural para su respectivo control de legalidad; más aún, cuando ninguna de las partes, o los terceros legitimados, pueden tener interés en ese control de legalidad y especialmente, cuando la decisión proferida dentro de la acción popular, relacionada con derechos colectivos, hace tránsito a cosa juzgada, y no puede ser desvirtuada, ni desconocida, ni menos revocada por el juez natural del contrato.

Si se aceptara que es de recibo el ejercicio del medio de control ordinario, puede suceder que el contrato estatal, desde el punto de vista de su legalidad, no presente ninguna violación a su marco normativo correspondiente, puede ser, que aún, su juez natural no lo declare nulo; sin embargo, continúan vigentes las decisiones de la acción popular y por consiguiente no puede ejecutarse su objeto⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Garzón Martínez Juan Carlos. "Crisis del control de legalidad del contrato estatal. Hacia una nueva visión interpretativa. Op. cit.

⁶⁴¹ *Ibíd.*

f. La nulidad del contrato estatal en sede popular frente a procesos instaurados antes de la vigencia de la ley 1437 de 18 de enero de 2011.

Desde la visión del control de legalidad, el problema se centra en definir: ¿Sí el juez popular puede decretar la nulidad del contrato estatal en procesos que fueron instaurados con anterioridad a la vigencia del nuevo código contencioso administrativo?

Frente a esta temática han surgido varias interpretaciones, las cuales se contextualizan a continuación, con la finalidad de realizar unas consideraciones al respecto:

Una primera hipótesis, ha sostenido, que el juez popular, aun estando vigente el artículo 144 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 (CPACA), tiene competencia para decretar la nulidad del contrato estatal en procesos instaurados con anterioridad a la vigencia del código, en atención a que el artículo 308⁶⁴² de la normativa en comento consagra: “[...] *los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]*”.

Una segunda hipótesis, y en contraposición con la anterior, es la sostenida por el H. Consejo de Estado en sede de tutela, quien afirmó, que el juez popular al margen de si el proceso se instauró antes de la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, no tiene competencia para decretar la nulidad del contrato estatal. Lo importante de este caso, es que se trata de una acción popular, que se instauró antes del nuevo Código, frente a la cual, en la sentencia el juez de segunda instancia, decretó la nulidad del contrato estatal, por cuanto no había entrado en vigencia la Ley 1437 de 18 de enero de 2011⁶⁴³.

La ratio decidendi del H. Consejo de Estado, se centró en que, si bien el Código no había entrado en vigencia, lo cierto es, que para el momento de la sentencia popular ya existía el control de constitucionalidad del artículo 144 del CPACA, pronunciamiento que debió ser tenido en cuenta

⁶⁴² “Artículo 308. *Régimen de transición y vigencia.* El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

⁶⁴³ Consejo de Estado; Sección Segunda; Subsección “A”; Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012);Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00058-00(AC)

por el juez, habida cuenta, que con la sentencia C-644 de 2011⁶⁴⁴, la Corte zanjó la discusión respecto a la competencia de decretar la nulidad del contrato estatal en sede popular.

A efectos de resolver el interrogante propuesto, se considera pertinente precisar los siguientes aspectos:

a). Las normas procesales contenidas en el nuevo CPACA (Ley 1437 de 2011), no son aplicables a todas las actuaciones procesales, de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa. En efecto, las mismas sólo se aplican a: Procesos ordinarios de primera y única instancia – No son aplicables cuando exista un trámite o procedimiento especial (179⁶⁴⁵).

No puede perderse de vista, que si bien el nuevo código, hace referencia a la pérdida de investidura, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de tutela; estas se tramitan con base en sus propias normas procedimentales de naturaleza especial.

b). En estricto sentido, el nuevo CPACA, no reguló, ni modificó, el “*trámite procesal*” “contenido en las normas especiales sobre la acción popular (Ley 472 de 1998 – Ley 1425 de 2010), cuyo trámite continúa siendo de naturaleza escrita; por consiguiente, independientemente de la entrada en vigencia de las normas del nuevo estatuto contencioso administrativo, no se está frente a un determinado “tránsito de legislación”, de normas procesales en el tiempo, con las que regulan de manera especial la acción popular.

c). En esa línea, se torna improcedente dar aplicación al régimen de transición y vigencia, consagrado en el artículo 308 del CPACA; por cuanto se reitera, éste es aplicable solamente para los procesos ordinarios, relacionados con los propios medios de control de

⁶⁴⁴ Corte Constitucional. Referencia: expediente D-8422. Actor: Wilson Ruiz Orejuela. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁴⁵ El artículo 179 de la Ley 1437 de 2011 dispone: “... *Etapas*. El proceso para adelantar y decidir todos los litigios respecto de los cuales este Código u otras leyes no señalen un trámite o procedimiento especial, en primera y en única instancia, se desarrollará en las siguientes etapas: 1. La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial. 2. La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y 3. La tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia. Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión...”.

la acción contenciosa administrativa; lo que significa, que se encuentran excluidas otras acciones (como la popular), diferente a la contenciosa administrativa, pero que puede ser de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

d). Una última precisión (pero que se considera de mayor importancia), se centra en sostener, que el contenido del artículo 144 del CPACA, no es de orden procesal, sino sustancial, por tanto, es procedente su aplicación a todas las acciones populares incluso para aquellas instauradas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011.

Lo anterior, por cuanto el legislador, lo único que realizó frente a la acción popular fue positivizar una de las tesis jurisprudenciales que coexistían en relación a la posibilidad de decretar la nulidad del contrato estatal en sede popular.

En ese entendimiento, en ninguna acción popular es de recibo "*decretar la nulidad del contrato estatal*", independientemente del momento temporal de su interposición; sostener lo contrario conlleva desconocer la previsión del artículo 144 del CPACA.

Por lo anterior, se sostiene la hipótesis interpretativa que en la actualidad, al juez popular le es prohibido decretar la nulidad absoluta del contrato estatal en los procesos que se instauraron aún con anterioridad a la vigencia del nuevo CPACA. y de igual manera decretar la nulidad del acto administrativo de adjudicación.

2.2. A Título de Propuesta Alternativa: Una tercera Vía.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se puede sostener que las grandes tensiones de orden jurisprudencial (tesis restrictiva – tesis garantista) que existían con anterioridad a la entrada en vigencia de las nuevas normas contenidas en el CPACA, no desaparecen y por el contrario se agravan.

La nueva normativa consagrada en el CPACA, no soluciona las dificultades de orden jurídico relacionadas con aceptar al contrato estatal y al acto administrativo, como causa de violación o amenaza de un derecho colectivo.

Se considera que la razón de esas dificultades o tensiones interpretativas, radica en continuar con la política legislativa de otorgar competencias al Juez popular cuando la causa de la violación del derecho colectivo es un contrato estatal; independientemente que pueda o no pueda declarar la nulidad del acto administrativo o del contrato estatal⁶⁴⁶.

La propuesta alterna, radica en cambiar esa política legislativa, y por el contrario otorgar competencia al Juez natural del contrato estatal para que en los casos concretos en que se impute al contrato como causa de la amenaza o violación de un derecho colectivo, sea el propio juez natural del contrato estatal el que defina: si efectivamente es o no la causa de esa violación a derechos colectivos; pueda tomar las medidas cautelares correspondientes y si es del caso declarar la nulidad del mismo.

Ese cambio de política legislativa, implica:

(i). Aceptar que la amenaza o violación a los derechos colectivos se constituye igualmente en una causal de violación del ordenamiento jurídico; celebrar un contrato con un objeto que implica la violación de derechos colectivos, constituye igualmente un objeto ilícito, una causa ilícita y por consiguiente una causal de nulidad y terminación del contrato estatal.

(ii). Debe precisarse que el juez natural del contrato estatal, asume competencia y la desarrolla mediante el procedimiento especial de las acciones populares y no del propio proceso ordinario.

(iii). Obsérvese que la nueva propuesta parte de destruir la falacia argumentativa relacionada con la limitante al juez popular de realizar un control de legalidad al contrato estatal; por el contrario, si se le otorga esa competencia al propio juez natural del contrato, bajo la premisa que si el contrato estatal, es la causa de la amenaza o violación

⁶⁴⁶ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, AP 760012331000200502130-01 y Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 29 de mayo de 2014, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 11001032600020130005300 (46.992).

de derechos colectivos, implica igualmente un desconocimiento flagrante del ordenamiento jurídico, se superan las tensiones existentes.

(iv). Lo anterior bajo el recto entendimiento, que coexisten dos controles de legalidad del contrato estatal: El primero relacionado con el cumplimiento de las propias normas y procedimientos contractuales, que se desarrolla bajo la reglas del proceso ordinario, es decir con una legitimación y unos términos de caducidad de orden contractual. El segundo, relacionado con la violación de derechos colectivos, ejercido igualmente por el propio juez natural del contrato, pero bajo las reglas de las normas y procedimientos de la acción popular; es decir, con sus propios términos de caducidad, legitimación, medidas cautelares y demás aspectos procesales y de orden sustancial⁶⁴⁷.

3. El arbitramento en la contratación estatal

3.1. Noción preliminar del arbitramento

De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 116 de la Constitución Nacional, *"los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley"*. En ese orden, la justicia arbitral: (i) supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares; (ii) tiene naturaleza procesal; (iii) es de carácter transitorio o temporal; (iv) profiere fallos en derecho o en equidad; (v) se desarrolla en los términos que señala la ley; (vi) debe ejercerse dentro de los límites que le fijan los preceptos constitucionales.

De acuerdo con el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, el arbitraje es un *"...mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral..."*.

⁶⁴⁷ Ver en, Garzón Martínez Juan Carlos. "Crisis del control de legalidad del contrato estatal. Hacia una nueva visión interpretativa. Op, cit.

Según la doctrina “...el arbitraje consiste en la solución de un conflicto por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión...”⁶⁴⁸.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que mediante el arbitramento las partes de manera libre, se sustraen de la justicia estatal, a fin de que un tercero, revestido temporalmente de función jurisdiccional, adopte una decisión de carácter definitivo y vinculante para ellas⁶⁴⁹. Además ha señalado que las decisiones arbitrales, al igual que cualquier otro pronunciamiento judicial, son obligatorias, plenamente ejecutables y hacen tránsito a cosa juzgada: “(...) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, en virtud del cual desean derogar – para el asunto particular – la jurisdicción estatal como sede para dirimir la controversia. Adicionalmente, la celebración de un pacto arbitral supone no solamente la decisión libre y voluntaria de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla”⁶⁵⁰.

Por tratarse de una atribución excepcional de la función de administrar justicia que se hace a favor de particulares, el tribunal de arbitramento tiene un carácter temporal, pues está limitado exclusivamente al término necesario para proferir la decisión, por lo cual una vez expedido, dicho tribunal desaparece. Al respecto la doctrina señala⁶⁵¹: “El árbitro está limitado, por la voluntad de las partes, a un determinado asunto, y por la ley, a un prefijado tipo de controversias, por tanto no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo. Carece, al efecto, de la nota de permanencia que caracteriza a los miembros del poder judicial: el árbitro se nombra para

⁶⁴⁸ Loquin Eric; Manciaux Sebastien. El orden público y el arbitraje. Universidad del Rosario. 2015.

⁶⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-186 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁵¹ Fernández Rozas, José Carlos, “Elementos configuradores de la justicia arbitral”, en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009, p. 152 a 154.

un caso concreto. (...) La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo (...)”

Conforme a lo anterior, resulta factible afirmar, que el arbitramento es un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, mediante el cual las partes involucradas deciden de manera libre y voluntaria someter sus diferencias a la decisión de un tercero, mediante la suscripción de un pacto arbitral, por el cual se sustrae el litigio del conocimiento del juez natural para atribuirle transitoriamente su decisión a unos particulares, que en la condición de árbitros ejercen la función de administrar justicia, en los términos que determine la ley⁶⁵².

3.2. El arbitramento en el ordenamiento jurídico colombiano

3.2.1. Evolución normativa en el derecho privado

Una primera evolución normativa se puede concretar con la expedición de las siguientes leyes: (i) Ley 105 de 1890 “sobre reformas a los procedimientos judiciales”⁶⁵³; (ii) Ley 103 de 1923 “Sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil”⁶⁵⁴; (iii) Ley 28 de 1931

⁶⁵² Ver igualmente, Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶⁵³ Reguló lo atinente al arbitraje nacional, dado que concedía a las personas capaces de transigir, la posibilidad de someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, quien podía decidir el asunto según su “justa conciencia”, otorgándole a la sentencia el mismo carácter y los mismos efectos que la dictada por un juez ordinario, determinando que podría ser objeto de nulidad “si la sentencia no expresa claramente los derechos y deberes que de ella deben resaltar a las partes” y “cuando la sentencia no se hubiere dictado en consonancia de lo establecido en la escritura o documento de compromiso” (artículos 307, 314 y 316)

⁶⁵⁴ En esta Ley, se conservaron los parámetros establecidos en la ley anterior, sin embargo, le sustrajo el carácter jurisdiccional, al configurar la sentencia como un contrato consignado por escritura pública, advirtiendo que no era apelable y que solo podía anularse “1. Por la nulidad del compromiso considerado como contrato; 2. Por no haberse dictado en consonancia con lo establecido en el compromiso, y 3. Por ser oscura o contradictoria, pero sólo en lo oscuro o contradictorio. Según se tiene de lo consagrado en el Artículo 1144, que dispone: “Los arbitadores proferirán la sentencia a continuación de la diligencia de aceptación y la firmarán con dos testigos vecinos del lugar y de buen crédito. Esta sentencia obliga a las partes y a sus sucesores, a contar desde que se firmó la escritura o documento de compromiso, como un contrato consignado por escritura pública; no es apelable y sólo puede anularse: 1o., por la nulidad del compromiso considerado como contrato; 2o., por no haberse dictado en consonancia con lo establecido en el compromiso, y 3o. por ser oscura o contradictoria, pero sólo en lo oscuro o contradictorio. Esta última nulidad puede alegarse como excepción. Los arbitadores pueden corregir, aclarar o adicionar las sentencias en la misma forma y en los mismos términos que los Jueces de derecho”.

“Sobre cámaras de comercio”⁶⁵⁵; Ley 105 de 1931 “Sobre organización judicial y procedimiento civil”⁶⁵⁶; Ley 2 de 1938 “por la cual se da validez a la cláusula compromisoria”⁶⁵⁷.

Posteriormente el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970), reguló el trámite del proceso arbitral, entre otros, se estableció la facultad de los árbitros para dirimir las controversias que se les presentaran sobre asuntos transigibles en los que las partes hayan pactado cláusula compromisoria o compromiso y se señaló que debían constar en escritura pública o en un documento privado auténtico (art. 663), se desarrolló lo concerniente a la designación de los árbitros (arts. 664-667); Además, consagró el recurso de anulación del laudo arbitral⁶⁵⁸ y las causales para su procedencia (art. 672⁶⁵⁹). Por su parte, el Código de Comercio, reafirmó lo establecido en el Código de Procedimiento Civil en materia de arbitramento, no obstante, vale anotar que modificó la primera causal de anulación del laudo arbitral, eliminando la inexistencia del compromiso o de la cláusula compromisoria (arts. 2011-2024)⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ A través de esta ley se le otorgó competencia a las Cámaras de Comercio para servir de Tribunal de comercio para resolver como árbitro o amigable componedor las diferencias que surgieran entre comerciantes. Dispuso en lo atinente el Artículo 12, lo siguiente: “Las Cámaras de Comercio desempeñaran especialmente las siguientes funciones: ...XIII. Servir de Tribunal de Comercio para resolver como árbitro o amigable componedor las diferencias que ocurran entre comerciantes”

⁶⁵⁶ Con la expedición de la Ley 105 de 1931, se asimilaron nuevamente los efectos del laudo arbitral a los producidos en una sentencia judicial y estableció las condiciones que debía cumplir para que fuera legítimo el compromiso, así: “Los interesados deben otorgar una escritura pública o un documento privado, firmado ante dos testigos, extendido en papel sellado, y en que conste: 1. El pleito, asunto o diferencia que someten a la decisión de los arbitradores. 2. Las personas que nombren con este objeto; que deben ser tres y capaces de comparecer en juicio por sí mismas. 3. La clase de sentencia que deben dictar los arbitradores, si en derecho, o en conciencia, y si la decisión debe ser simplemente absolutoria o condenatoria, o sí puede transigir las pretensiones opuestas.” (Artículo 1216).

⁶⁵⁷ La citada Ley permitió la posibilidad de llegar al arbitraje por la vía de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados por personas capaces de transigir y definió la misma como “aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas.” (art. 2); además, disponía que la decisión arbitral podía ser adoptada por un arbitrador designado por las partes, por una cámara de comercio o por cualquier otra entidad de orden nacional o internacional ante la cual las partes decidieran someter sus diferencias y le otorgó el carácter de fuerza ejecutoria a las sentencias arbitrales”. (artículo 3 y 7).

⁶⁵⁸ A través de la Ley 794 de 2003, se consagró la posibilidad de que una de las partes prestara caución con el fin de resarcir los posibles perjuicios a la parte contraria, con ocasión de la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, como consecuencia de la interposición del recurso de anulación (art. 34).

⁶⁵⁹ “1. Inexistencia o nulidad del compromiso o de la cláusula compromisoria en los casos previstos en éste título; 2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en la forma legal; 3. No haberse hecho la notificación personal de que trata el numeral 6 del artículo 670, o la que ordene el inciso tercero del numeral 2 del artículo 671, salvo que se haya producido su saneamiento conforme al artículo 156; 4. Haberse omitido la oportunidad para pedir o practicar pruebas, o para alegar de conclusión; 5. Haberse expedido el laudo después del vencimiento de término fijado para el proceso arbitral; 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que así aparezca expresamente en el laudo; 7. Contener la parte resolutoria del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias; 8. Haber recaído el laudo sobre puntos sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido; 9. Haberse omitido la resolución de cuestiones sujetas al arbitramento.”

⁶⁶⁰ Decreto 410 de 1971

Mediante el Decreto 2279 de 1989⁶⁶¹, se reguló el tema de arbitramento en su totalidad y derogó la regulación que traía tanto el Estatuto Procesal Civil como el Estatuto Mercantil sobre arbitraje; entre otros aspectos, dispuso que el arbitraje podía ser de tres clases, en derecho, en equidad o técnico (art. 6); reguló la designación de los árbitros (arts. 7-12); estableció el trámite arbitral desde la audiencia de instalación hasta la audiencia de fallo (arts. 20-34), donde se destaca que entregó la potestad a los árbitros para decretar medidas cautelares limitadas (art. 32); finalmente, reguló el recurso de anulación y las causales para su procedencia (art. 38⁶⁶²)⁶⁶³.

Mediante la Ley 315 de 1996 "*Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*", entre otros aspectos, contempló los criterios para determinar el arbitramento de carácter internacional (art. 1) y la aplicabilidad de los tratados de derecho internacional público, suscritos y ratificados por Colombia (art. 2).

Por su parte el Decreto 1818 de 1998⁶⁶⁴, compiló las normas referentes a los mecanismos alternativos de solución de controversias; donde se resalta que reglamentó de forma especial el arbitraje técnico, el arbitraje en los contratos de concesión para la prestación del servicio público de electricidad, el arbitraje en materia laboral y en los contratos de arrendamiento (arts. 170-195 y 222); sin embargo, varios artículos de esta

⁶⁶¹ "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones"

⁶⁶² "1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo. 2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite. 3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia. 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos. 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga. 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento. 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y, 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento."

⁶⁶³ A través de la Ley 23 de 1991, se clasificó el arbitramento institucional e independiente (art. 90), reguló el reglamento de los centros de arbitraje (art. 93) y otorgó la posibilidad de que los conflictos surgidos en contratos de arrendamiento se pudieran solucionar a través de la justicia arbitral (art. 96). Con la expedición del Decreto 2651 de 1991, se establecieron los montos para determinar los procesos arbitrales de mayor y menor cuantía (art. 12), consagró la procedencia de la figura del amparo de pobreza para asuntos de menor cuantía o cuando no versan sobre derechos patrimoniales (art. 14) y estableció las reglas para la integración del tribunal de arbitramento, su instalación y el desarrollo de la primera audiencia de trámite (arts. 15-18). Asimismo la Ley 446 de 1998 "*Por el cual se expiden normas transitorias para Descongestionar los Despachos Judiciales*", otorgó la posibilidad de que las personas jurídicas sin ánimo de lucro pudieran crear centros de arbitraje (art. 113), estableció expresamente el principio de autonomía de la cláusula compromisoria (art. 116) y se reguló la instalación del Tribunal, la primera audiencia de trámite y la práctica de pruebas (arts. 122-125), entre otros aspectos.

⁶⁶⁴ "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos"

normativa fueron declarados nulos e inexecutable, mediante sentencias proferidas por el Consejo de Estado⁶⁶⁵ y la Corte Constitucional⁶⁶⁶, porque recopilaba algunas disposiciones que no estaban vigentes. Finalmente, las disposiciones sobre arbitramento fueron integradas en un solo estatuto normativo, con la expedición de la Ley 1563 de 2012⁶⁶⁷, que estableció una regulación integral de todos los aspectos relacionados con el arbitraje nacional e internacional, donde se destaca que los particulares pueden acordar cláusulas compromisorias⁶⁶⁸; determinó con claridad la manera para constituir las medidas cautelares⁶⁶⁹; consagró el denominado arbitraje social⁶⁷⁰ y estableció las causales de anulación del laudo arbitral⁶⁷¹.

⁶⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 8 de abril de 1999. Radicado No. 5121. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Actor. Julio Roberto Cepeda Tarazona y Sentencia del 9 de noviembre de 2000. Radicado No. 5826. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor. Hernán Fabio López Blanco.

⁶⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁶⁷ “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”

⁶⁶⁸ “Artículo 58. Reglas de Procedimiento. En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley”.

⁶⁶⁹ Artículo 80 a 90 de la Ley 1563 de 2012.

Artículo 90. Medidas Cautelares Decretadas por la Autoridad Judicial. Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante en Colombia o en el exterior, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”.

⁶⁷⁰ “Artículo 117. Arbitraje Social. Los centros de arbitraje deberán promover jornadas de arbitraje social para la prestación gratuita de servicios en resolución de controversias de hasta cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smmlmv), sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Este arbitraje podrá prestarse a través de procedimientos especiales, autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, breves y sumarios.

En estos procesos las partes no requieren de apoderado, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales. Los centros tendrán lista de árbitros voluntarios y será escogido por las partes de dicha lista. Cuando el arbitraje no pueda adelantarse por los árbitros de la referida lista, el centro sorteará de la lista general de árbitros del centro. El árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro.

Parágrafo. El Ministerio de Justicia y del Derecho expedirá la reglamentación a que haya lugar, en donde establezca el número mínimo de arbitrajes sociales gratuitos que cada centro debe adelantar en cada anualidad.

Los árbitros serán aceptados expresamente por las partes, y en ningún caso recibirán honorarios profesionales en los asuntos de arbitraje social”.

⁶⁷¹ De conformidad con el Artículo 141, son causales de nulidad: “1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral. 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal. 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad. 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión. 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral. 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

3.2.2. Evolución normativa en el derecho público - Contrato estatal.

Con el ánimo de garantizar a los asociados, la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negóciales del Estado, se ha desarrollado un sistema de justicia alternativa a la solución jurisdiccional tradicional, que se caracteriza por la utilización de mecanismos de solución directa, donde se destaca la figura del arbitramento, la cual, fundada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, se concreta en el denominado pacto arbitral, que puede traducirse materialmente en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato mismo, o en la celebración de un acuerdo, por fuera del texto mismo del contrato estatal, denominado compromiso; permite la posibilidad de habilitar tribunales de arbitramento, conformados por particulares, elevados a la categoría de árbitros, para que resuelvan las diferencias o controversias susceptibles de transacción que surjan de la celebración del contrato.

En atención a lo anterior, se considera pertinente clarificar la evolución legislativa que ha tenido el arbitraje en la contratación administrativa en Colombia, a fin de comprender su finalidad, objeto y alcance:

1. Inicialmente, la Constitución Política de 1886 no consagraba de manera expresa ninguna disposición sobre la justicia arbitral y todos los contratos celebrados por la administración se regían por el derecho privado, siendo sometidos a la jurisdicción ordinaria.
2. Con la expedición de la Ley 4 de 1964⁶⁷², se autorizó por primera vez a las entidades públicas para acudir al arbitraje, a fin de resolver las controversias derivadas de las relaciones contractuales, específicamente en los contratos de obra pública (art. 13), no obstante, no existía claridad en relación con los aspectos que podían hacer parte del conocimiento de la justicia arbitral.

⁶⁷² Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos.

3. El Decreto 150 de 1976⁶⁷³, preveía que en los contratos que celebrara la Nación se podía estipular la cláusula compromisoria para someter a la decisión de árbitros nacionales los litigios suscitados en relación con el contrato, pero excluyó la cláusula de caducidad y sus efectos, de decisión arbitral (art. 66) y autorizó el arbitraje técnico en los contratos de obra (art. 76).

4. El Decreto 222 de 1983⁶⁷⁴, permitió que las partes sometieran las diferencias de la relación contractual a la decisión de los árbitros, a través de la cláusula compromisoria, sin embargo, reiteró la incompatibilidad de la cláusula compromisoria con la cláusula de caducidad, al señalar que esta última no era susceptible de decisión arbitral (art. 76), estableció como condición previa al arbitramento que debía surtirse la interpretación unilateral (art. 24)

5. La Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, constituyó un estatuto en contratación estatal que aceptó el uso de los mecanismos alternos para administrar justicia para dirimir todas las controversias que surgieran en la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación de los contratos estatales y, en concreto, consolidó la procedencia del pacto arbitral por parte de las entidades públicas, siempre que tuvieran cláusula compromisoria o si se pactaran compromisos cuando no se hubiera estipulado el acuerdo arbitral en el contrato (arts. 68-75).

6. Finalmente, la Ley 1563 de 2012 en materia de contratación estatal, extendió el panorama de materias que pueden someterse a la decisión de los árbitros, al señalar que las controversias a solucionar pueden versar sobre *“asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”*, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de facultades excepcionales⁶⁷⁵; Además

⁶⁷³ Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas

⁶⁷⁴ Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

⁶⁷⁵ “Artículo 1°. *Definición, modalidades y principios.* El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

clasificó el arbitraje en institucional y en ad-hoc, en atención al origen de las normas del procedimiento arbitral. En el primero las normas serán las contenidas en el reglamento del centro de arbitraje al que las partes hayan confiado el mismo, mientras que en el segundo serán los propios árbitros los encargados de dictarlas⁶⁷⁶.

3.2.3. Principales debates de la justicia arbitral y el contrato estatal

Sin desconocer que coexisten diferentes problemáticas, se procedió a realizar un análisis jurisprudencial a partir de la evolución legislativa y en atención a los siguientes aspectos: (i) el control de legalidad de los actos administrativos; (ii) la renuncia de las partes a la cláusula compromisoria en el contrato estatal y (iii) finalmente, algunos aspectos sobre las causales de nulidad del laudo arbitral.

4. El control de legalidad de los actos administrativos (acto administrativo de adjudicación)

Respecto al alcance y límites de la denominada justicia arbitral y el control de legalidad de los actos administrativos, merece precisarse la siguiente evolución:

4.1. En vigencia de la Ley 80 de 1993

Con fundamento en la Ley 80 de 1993, se autorizó a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas "*por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación*". La evolución jurisprudencial de ese control de legalidad, por vía arbitral se concreta de la siguiente manera:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho".

⁶⁷⁶ "Artículo 2°. *Clases de arbitraje*. El arbitraje será *ad hoc*, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional.

Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv) y de menor cuantía, los demás.

Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje".

- (i) Inicialmente, el Consejo de Estado⁶⁷⁷ señalaba que no era posible que, en forma concurrente, el juez administrativo y el juez arbitral pudieran conocer y decidir sobre una misma materia, puesto que de admitirse el fraccionamiento de la función jurisdiccional podría correrse el riesgo de producirse un fallo inocuo hasta el punto que el lesionado podría quedar sin justicia, y de ser así se estaría vulnerando la garantía constitucional del acceso a la administración de ella, *“En efecto, al prosperar la nulidad del acto acusado y en el supuesto caso que se llegare a concluir que no le corresponde a esta jurisdicción decidir sobre las demás pretensiones consecuenciales, el Consejo de Estado no podría ordenar la constitución y la convocatoria del tribunal de arbitramento por tratarse de una facultad exclusiva de las partes, y además porque significaría atentar contra el principio de la congruencia de los fallos. El problema que esto conlleva, es que la decisión no produciría efecto alguno, lo cual es contrario a la naturaleza y la finalidad de la función pública de administrar justicia.”*
- (ii) Asimismo, al tratar el tema de la caducidad de los contratos en relación con el arbitramento, se indicaba⁶⁷⁸ que la declaratoria de caducidad y sus efectos no eran susceptibles de conocimiento de los jueces arbitrales, teniendo en cuenta que el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 establecía que: *“...en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho. La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. (...)”*.
- (iii) De igual manera, en relación con la competencia de los árbitros para conocer de los conflictos de legalidad de los actos administrativos contractuales, la Sección Tercera del Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones⁶⁷⁹: (a) la

⁶⁷⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997. Radicado No. 10882. M.P. Juan de Dios Montes Hernández. Actor: Sociedad Pinski Asociados S.A. Demandado: Carbocol.

⁶⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1997. Radicado No. 7903. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Actor: Cesar Enrique Caicedo López Demandado: Ministerio de Minas y Energía.

⁶⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicado No. 16973. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Consorcio Amaya-Salazar. Demandado: Instituto de Valorización de Manzales.

jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella; (b) la cláusula de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado; (c) la justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir; (d) cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible.

- (iv) En una perspectiva parcialmente distinta la Sección Tercera⁶⁸⁰, después de analizar la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, modificó la tesis jurisprudencial en el sentido de indicar que los tribunales de arbitramento podían conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de La ley 80 de 1993.

Allí concluyó que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no podían pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas⁶⁸¹ exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a)

⁶⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente No. 36252. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Consorcio Porvenir. Demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER.

⁶⁸¹ Cfr. Benítez Caorsi Juan J. La Revisión del Contrato. Segunda Edición Editorial Temis. 2010.

interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión.

Igualmente, determinó que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo citado, - como, por ejemplo, los que imponen multas (art. 17 Ley 1150/07); los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80 (art. 45 Ley 80/93); los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos (art. 61 Ley 80/93)-, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, *“en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna”*.

4.2. En vigencia de la Ley 1563 de 2012⁶⁸²

El Consejo de Estado⁶⁸³ ha acogido la tesis jurisprudencial⁶⁸⁴, según la cual, la Justicia Arbitral cuenta con la facultad para decidir sobre la validez de todos aquellos actos administrativos contractuales, diferentes a los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y consideró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para conocer de un litigio promovido ante dicha Jurisdicción, por cuanto los árbitros sí pueden pronunciarse en relación con la legalidad de los actos demandados, en tanto ellos no comporten el ejercicio de las potestades previstas en el aludido artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal; Así las cosas, aun cuando se introduzca en la litis arbitral aspectos relativos a la legalidad de actos administrativos, ello no vicia de nulidad el pacto arbitral celebrado entre las partes.

⁶⁸² “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de abril de 2013. Radicado No. 42532. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Caja de Compensación Familiar -Santander. Demandado: Municipio de Bucaramanga.

⁶⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Actualmente, la jurisprudencia considera que tal como lo establece el último inciso del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012⁶⁸⁵, los jueces arbitrales ostentan la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las referidas potestades excepcionales al derecho común. Adicionalmente, con fundamento en el principio de legalidad al que se sujeta el arbitraje, los árbitros también ostentan la competencia para pronunciarse sobre la validez de los contratos estatales como si fuesen verdaderos jueces ordinarios⁶⁸⁶.

Así las cosas, se ha sostenido que en ejercicio del principio de habilitación las partes a través de la cláusula arbitral tienen la potestad de habilitar a los árbitros para que éstos se pronuncien sobre la existencia y validez del contrato celebrado, de forma tal que cuando éstas convienen que todas las diferencias surgidas con ocasión del mismo serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, por virtud de la ley dicha competencia se extiende a las eventuales nulidades del negocio jurídico. Por lo tanto, los tribunales de arbitramento tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demandado, sino también de manera oficiosa.

5. La renuncia de las partes a la cláusula compromisoria en el contrato estatal

Sobre este particular tema, se precisará en primer lugar cuál ha sido la línea jurisprudencial, hasta antes de proferirse la importante sentencia de unificación por parte de la sección tercera del H. Consejo de Estado; con posterioridad se analizará la nueva línea jurisprudencial contenida en la indicada sentencia de unificación.

⁶⁸⁵ "Artículo 1º ".En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho..".

⁶⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2016. Radicado No. 57422. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Actor: Consorcio Aseo Capital SA ESP. Demandado: Distrito Capital y Otro.

5.1. La anterior línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado. – Sección Tercera

Como es de conocimiento, la estipulación contractual de pacto compromisorio (cláusula compromisoria – compromiso) tiene como fin someter las discrepancias surgidas entre las partes al conocimiento de los Tribunales de Arbitramento, con el fin de evitar los trámites dilatorios de la justicia estatal. Esta atribución de competencia dada a los particulares, sin embargo, no es absoluta en la medida que pueden existir límites a su poder de resolución, derivados ya de los contratantes o de la reserva que de ciertos temas ha realizado la Ley (como en el caso de las controversias en las que se discute la legalidad de un acto administrativo).

De esta manera, si la controversia no refiere a una materia que escape a la competencia de la justicia arbitral y ante la inexistencia de límites establecidos por las partes, el pacto compromisorio, tendrá plenos efectos y por tanto la jurisdicción contencioso administrativa, no tiene vocación de asumir el conocimiento⁶⁸⁷.

El pacto arbitral incluye la facultad de las partes de renunciar al mismo, desconociendo los efectos de la cláusula compromisoria. Esta renuncia, como lo ha reiterado la jurisprudencia civil, aceptada también por la jurisprudencia contencioso administrativa, puede ser expresa o tácita. Como es lógico, la manifestación expresa de renuncia no ofrece lugar a dudas sobre la voluntad de las partes de desconocer los efectos de la cláusula compromisoria; la manifestación tácita, por su parte, debe verificarse con claridad para poder considerar competente a la jurisdicción contencioso administrativa pese a existir un previo pacto arbitral.

⁶⁸⁷ Garzón Martínez Juan Carlos. "Crisis del control de legalidad del contrato estatal. Hacia una nueva visión interpretativa. Op, cit.

Es así como la renuncia tácita opera generalmente cuando una de las partes acude a la administración de justicia (en este caso ante la jurisdicción contencioso administrativa), mediante la interposición de la respectiva demanda de controversias contractuales. No obstante, la renuncia tácita desplegada por quien demanda ante el juez del contrato, tiene el alcance de dejar sin efectos la cláusula compromisoria, sólo en tanto el demandado así también lo consienta (tácitamente), al guardar silencio absteniéndose de desplegar los medios exceptivos que la Ley pone a su disposición para aducir la falta de jurisdicción con fundamento en la existencia del pacto arbitral.

Así lo venía manifestando el H. Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos, como el que a continuación se cita⁶⁸⁸, en el cual además se explica el efecto de la renuncia, más allá del litigio en que tiene ocurrencia:

“Para definir la cuestión planteada cabe analizar lo relativo a la facultad que tienen las partes para renunciar a la utilización de la cláusula compromisoria en un evento concreto. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97 del CPC la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que cuando se pacta una cláusula compromisoria y a pesar de ella una de las partes presenta demanda ante el juez estatal, le queda al demandado la posibilidad de excepcionar la existencia de la cláusula compromisoria, para impedir el trámite del proceso ante un juez distinto al tribunal de arbitramento. Precisó además que si el demandado no alega la cláusula compromisoria, mediante la utilización de esa herramienta legal debe interpretarse su comportamiento en el sentido de que, al igual que el demandante, renunció a someter el concreto litigio al tribunal de arbitramento, perdiendo así la posibilidad de invocar, con posterioridad, la nulidad

⁶⁸⁸ Sección Tercera, auto del 26 de febrero de 2004, Rad. 25094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En el mismo sentido, ver auto del 16 de marzo de 2005, Rad. 27934, C.P. María Elena Giraldo Gómez, en la que se desarrolla el tema de la siguiente manera: “lo cierto es que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de esas partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral - salvo que se dijese no se renuncia en forma expresa - y que si notificado el demandado no reprocha la jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto, de “cláusula arbitral”; “el contrato es Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1.602 C. C.).

del proceso por falta de jurisdicción. La Sala acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y en no pocas providencias ha considerado la ineficacia de la cláusula compromisoria para el caso particular, cuando la parte demandada no alega oportunamente la existencia de la cláusula compromisoria. Ahora bien, cabe precisar que la renuncia a la que se ha hecho referencia, permite tramitar el proceso ante el juez ordinario y no produce el efecto de revocar, o rescindir en forma definitiva y total la cláusula compromisoria. La jurisprudencia ha señalado⁶⁸⁹ que la renuncia traduce en la ineficacia del pacto compromisorio para ese evento particular, sin que ello obste para que las partes puedan hacer uso de ella para la resolución de otros litigios comprendidos en la cláusula o compromiso. El doctrinante español Antonio María Lorca Navarrete define la renuncia como *“una sumisión tácita a la jurisdicción de jueces y tribunales estatales.”*, que se produce cuando se alega inadecuadamente la excepción de arbitraje o cuando no se alega en el proceso; y sobre sus efectos precisa que: *“la renuncia tácita únicamente alcanza al efecto negativo del arbitraje sobre el litigio en el que tiene lugar, pero no al convenio arbitral propiamente dicho.”* La renuncia tácita no produce extinción de la cláusula compromisoria, sólo determina la inaplicación de la misma al litigio objeto del proceso que se surte ante el juez ordinario.”⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ Es distinto cuando habiéndose pactado cláusula compromisoria y una de las partes acude al juez natural renunciando de ella, la jurisdicción contencioso administrativa ha admitido la demanda; y si el demandado no ataca la jurisdicción el conflicto queda definitivamente en ésta: su juez natural. En tal sentido se ha dicho que el hecho que habilita la constitución de un tribunal de arbitramento para dirimir cualquier conflicto transigible, en relación con un contrato estatal, se presenta cuando los contratantes lo pactan al momento de celebrar el contrato, en la cláusula compromisoria, o cuando no se pacta en el contrato lo acuerdan sobrevivientemente en el compromiso. En ambos casos por voluntad de los contratantes, en principio, se desplaza al juez natural ante la ocurrencia del conflicto transigible. De tal manera que son las partes del contrato quienes finalmente deciden investir transitoriamente de la función de administrar justicia a los particulares, que actuarán en calidad de árbitros para decidir el conflicto que eventualmente se presente. Sin embargo aunque en principio, como se ha explicado, esa cláusula es indicadora de que al momento en que las pactaron las partes desplazaron el conocimiento de las controversias transigibles al conocimiento de árbitros, lo cierto es que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de esas partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral - salvo que se dijese no se renuncia en forma expresa - y que si notificado el demandado no reprocha la jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto, de “cláusula arbitral”; “el contrato es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1.602 C. C.). En consecuencia como el demandante dijo expresamente no renunciar a la cláusula compromisoria y, en consecuencia, al estar vigente la derogatoria del juez natural para conocer del litigio, habrá de confirmarse el rechazo que de la demanda hizo el Tribunal; se comparten todas sus apreciaciones. Ver igualmente Exp. 16394 del 23 de febrero de 2000.

⁶⁹⁰ Sección Tercera, auto del 26 de febrero de 2004, Rad. 25094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

En consecuencia, la renuncia tácita opera para el demandante, cuando presenta la demanda ante el juez del contrato, y para el demandado, cuando guarda silencio y se abstiene de aducir la existencia de cláusula compromisoria como argumento exceptivo⁶⁹¹.

5.2. La nueva sentencia de unificación en esta materia

De entrada debe indicarse que el H. Consejo de Estado, en una reciente e importante sentencia de unificación de la Sección Tercera⁶⁹², volvió a estudiar este aspecto y decidió modificar su anterior línea jurisprudencial, en el sentido de restarle cualquier efecto jurídico a la conducta unilateral de las partes, sosteniendo que el pacto compromisorio debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convienen nada deciden de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

Sostiene el alto tribunal lo siguiente:

“Así, para la Sala es claro que los efectos que comporta la cláusula compromisoria en el mundo jurídico son de tales importancia y envergadura que, incluso, por razón de su autonomía, la misma subsiste aunque no ocurra lo mismo con el contrato que le dio origen –bien por razón de su nulidad, o bien por su inexistencia–; por lo mismo y con mayor razón hay que admitir, entonces, que ella debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convienen nada deciden de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

Por consiguiente, la inferencia o deducción que, en sentido contrario, haga el juez institucional o permanente, a partir de la conducta procesal asumida por las partes del contrato estatal, a fin de concluir que cada una decidió, de manera unilateral, renunciar a la cláusula compromisoria o eliminarla, a pesar de que conjuntamente hayan convenido

⁶⁹¹ Esta posición se reitera de modo enfático por el Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de julio de 2006, Rad. 3262-05, C.P. Jesús María Lemos Bustamante y, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2004, Rad. 15936, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁹² Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013); Radicación: 17.859 (R-0035); ver igualmente auto de fecha once (11) de febrero de dos mil catorce (2014). Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón Radicación: 199902436 02 (R-27147).

expresamente y por escrito tal posibilidad, desconoce abiertamente el carácter autónomo que caracteriza a la cláusula compromisoria.

2.5.3 Si se acude al pacto arbitral es porque, previamente y conforme al principio de planeación del contrato, se ha analizado su necesidad y/o conveniencia y, por lo mismo, no puede, de la noche a la mañana, dejarse de lado lo acordado, con el pretexto de que una de las partes acudió al juez institucional y la otra no formuló la excepción de pacto compromisorio.

En efecto, el consentimiento forjado por la Administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, consolidado en el acuerdo documental de voluntades de las partes contratantes, se traduce materialmente –como ya se vio- en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, o en un acuerdo posterior, denominado compromiso, en ambos casos con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias.

Pues bien, esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la Administración, soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual y aceptada por la otra parte negocial. Dicho consentimiento es admitido y reconocido por la Constitución Política (artículo 116, inciso cuarto) como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, con lo cual se forja la autonomía de la voluntad⁶⁹³, y constituye el sustento supremo del mecanismo arbitral y, por lo mismo, es dable señalar que la habilitación de árbitros tiene como soporte adicional el principio de planeación de los contratos estatales, el cual, además, guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, de manera que todo redunde en seguridad jurídica para los coasociados.

⁶⁹³ La jurisprudencia constitucional ha resaltado el papel determinante que tiene, en este asunto, la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual para optar por éste (Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P.: Jorge Arango Mejía).

2.5.4 Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aun, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.

2.5.5. *Es menester recordar que, en materia de nulidades procesales, el Código Contencioso Administrativo remite (artículo 165) a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil, estatuto que dispone, por un lado, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables (artículo 145) y, por el otro, que una de éstas es, precisamente, la falta de jurisdicción (artículos 140-1 y 144, inciso final), entendida ésta como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada (bien por la Ley o bien por las partes) a otra autoridad de diferente jurisdicción, a lo cual se suma que, en lo contencioso administrativo, según dispone el segundo inciso del artículo 164 del primero de los códigos en cita, “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”⁶⁹⁴.*

Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio.

De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original.

⁶⁹⁴ *Ibíd.*

5.3. Algunos comentarios frente a este interesante debate procesal

Se parte por sostener que esta interesante controversia, igualmente se puede mirar, no desde la concepción sustancial y privada del contrato y del principio de la autonomía de la voluntad de las partes; sino desde una visión procesal, habida cuenta que lo que se está discutiendo, es lo relacionado con una institución de orden público como es precisamente la jurisdicción.

La cláusula compromisoria o potestad que tienen las partes que intervienen en un contrato estatal de someter las controversias surgidas, a un tribunal de arbitramento, tiene como punto de partida el artículo 116 de la Constitución Política⁶⁹⁵, norma superior que establece la facultad de investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, en condición de conciliadores o árbitros, dentro de los términos que determine la Ley.

En materia contencioso administrativa, la Ley 80 de 1993 consagró la posibilidad de que las partes de un contrato estatal utilicen mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, entre los que se encuentra la cláusula compromisoria; consagra el artículo 70 de la norma citada: "De la cláusula compromisoria. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. (...)"

La cláusula compromisoria, de conformidad con las anteriores consideraciones, tiene como finalidad que las partes puedan someter las discrepancias surgidas entre ellas, al conocimiento de los Tribunales de Arbitramento, es decir, en estricto sentido no es un cláusula, que regule el contrato desde el punto de vista sustancial, habida cuenta que no se

⁶⁹⁵ Artículo 116. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para preferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley.

trata de un elemento esencial⁶⁹⁶, o natural o accidental⁶⁹⁷ del contrato, por cuanto su naturaleza es establecer un requisito de procedibilidad para poder acudir ante el Tribunal de arbitramento; en otros términos es una cláusula de naturaleza procesal, toda vez que tiene como única finalidad derogar la jurisdicción del juez natural y atribuírsela al juez arbitral.

Se quiere significar, que si bien el pacto comisorio, implica un acuerdo de voluntades, no puede perderse de vista la finalidad del indicado acuerdo, que no es otra que la de atribuir o investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia.

Se considera que la finalidad del pacto arbitral, cobra relevancia de orden jurídico, en el sentido que al ser un acuerdo en aspectos de orden público procesal (la jurisdicción), cualquier conducta de las partes, debe tener un efecto jurídico e interpretarse en pro del juez natural de la causa, más aun cuando uno de los sujetos procesales es la Administración pública, sujeto que justifica la existencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Revisada la nueva normativa que regula el arbitramento (Ley 1563 de 2012), se observa que efectivamente el pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces; consagrando en el parágrafo del artículo 3, lo siguiente: *“Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”*.

Esta norma consagra de alguna manera los efectos jurídicos de la conducta de las partes respecto al pacto arbitral; bajo el recto entendimiento que cualquiera de las partes dentro de una oportunidad procesal de naturaleza preclusiva (traslado de la demanda, de la contestación, o el propio traslado de las excepciones previas), puede de manera

⁶⁹⁶ Artículo 1501 del Código Civil Colombiano <cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

⁶⁹⁷ Ospina Fernández; Guillermo –Ospina Acosta; Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico; Temis; Séptima Edición; 2005; Pp. 36. Estos doctrinantes definen los elementos esenciales del contrato como: “Así se denominan los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la Ley, según la naturaleza del acto en cuestión, como el pacto de retroventa, o el comisorio, o las estipulaciones que agravan o atenúan la responsabilidad y las que sujetan los derechos a plazos o condición.”

unilateral “ invocar la existencia del pacto arbitral” y si la otra parte guarda silencio, el efecto jurídico es tener como probada la existencia del pacto arbitral; pero consagra igualmente que una parte le puede restar efectos al pacto arbitral, cuando dentro de esas oportunidades procesales, niega expresamente la existencia de ese pacto arbitral.

Esta nueva Ley de arbitramento, consagra en su artículo 70⁶⁹⁸ lo siguiente:

“Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante una autoridad judicial. La autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de la demanda”.

Es importante para el análisis que se está realizando, observar que la tendencia del legislador en esta norma, es igualmente la de darle efecto jurídico a la conducta de las partes; por cuanto se hace claridad que si bien puede existir arbitraje, no puede actuar de oficio el órgano judicial, sino solamente remitirá a las partes al arbitramento siempre y cuando cualquiera de ellas lo solicite dentro de una determinada oportunidad procesal (la contestación de la demanda).

Se quiere significar, que si bien mediante la referida sentencia de unificación, se pone fin a las controversias de orden jurisprudencial sobre la conducta de las partes en materia de pacto arbitral; el debate continúa vigente ahora frente a la anterior normativa, en el sentido que según esta tendencia del legislador, no se requiere de un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes para dejar sin efecto el pacto arbitral, sino que sus conductas procesales o sus manifestaciones de voluntad unilateral, surten efectos jurídicos respecto a la existencia o no del pacto arbitral⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Se precisa que este artículo hace parte de la sección sobre arbitraje internacional.

⁶⁹⁹ Garzón Martínez, Juan Carlos. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Sistema Escrito – Sistema Oral. Debates Procesales. (Ley 1437 del 18 de Enero de 2011). Op, cit.,. Pp. 106-117.

6. Las causales de nulidad del laudo arbitral

El Consejo de Estado⁷⁰⁰ consideraba que existían dos sistemas de causales de anulación para impugnar los laudos; De una parte, las causales que podían invocarse para impugnar un laudo arbitral mediante el cual se había dirimido la controversia surgida de un contrato estatal sometido al régimen de derecho privado, eran las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, norma que recopiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, mientras que si se trataba de la impugnación del laudo que había resuelto una diferencia suscitada en un contrato estatal sometido al régimen del Estatuto Contractual, las causales que podían invocarse eran las consagradas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

Posteriormente, se destacó⁷⁰¹ que las causales de anulación de los laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1818 de 1998, circunstancia que generó diversas posturas debido a que, las causales en uno y otro texto normativo no coincidían en su totalidad. En efecto, mientras que el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 preveía cinco (5) causales de anulación para impugnar el laudo arbitral, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 consagró nueve (9). Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 unificó el régimen de las causales de anulación de laudos arbitrales, de tal manera que, independientemente de que el contrato que haya suscitado la controversia se encontrara regido por el Estatuto Contractual o por el régimen de Derecho Privado, las causales que podrían invocarse para impugnar el laudo arbitral serían las previstas en el Decreto 2279 de 1989, en la forma en que fue modificado por la Ley 446 de 1998.

Actualmente⁷⁰², las causales de anulación para los arbitrajes quedaron reguladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve (9) numerales, y frente a sus efectos, se advierte que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7, se declarará la nulidad del laudo, mientras que en los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se

⁷⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Radicado No. 34594. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Actor: Drummond Limited. Demandado: Minercol e Ingeominas.

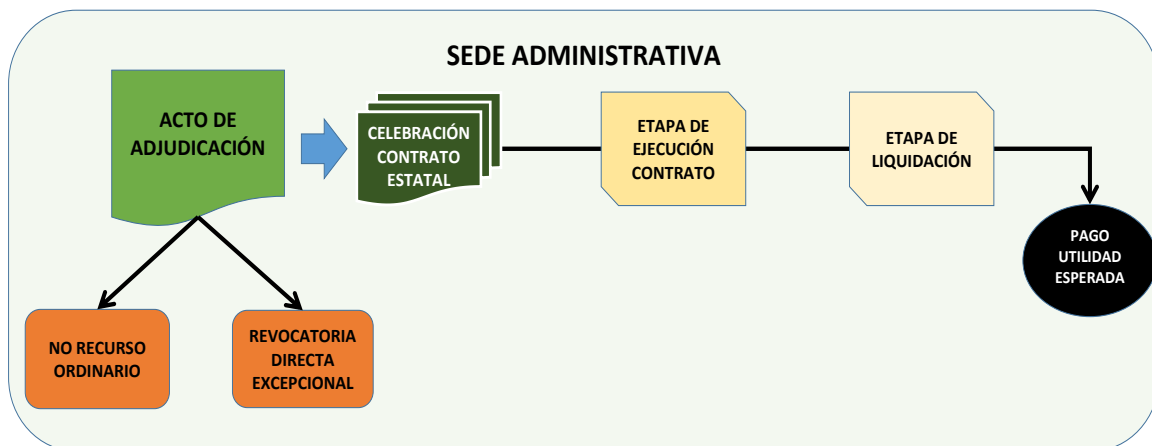
⁷⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Radicado No. 38379. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Unión Temporal JPC. Demandado: Empresa Colombiana de Gas -ECOGAS.

⁷⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Radicado No. 56344. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Actor: Vallas y Avisos Ltda. Demandado: Empresa Caucana de Servicios Públicos.

remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla. Igualmente, cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas.

II. Control de legalidad del acto administrativo de adjudicación: sede administrativa – sede jurisdiccional.

1. Irrevocabilidad - Revocabilidad del acto administrativo de adjudicación (Sede Administrativa)



Como es de conocimiento, la tradición legislativa partiendo de la expedición del decreto Ley 222 de 1983 (artículo 35⁷⁰³), radicaba en la "irrevocabilidad", del acto administrativo de adjudicación del contrato; lo que significaba que una vez se encontraba ejecutoriado,

⁷⁰³ Indicaba el artículo 35 del Decreto Ley 222 de 1983. "...De los efectos de la adjudicación. Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario. Cuando la ley subordine el perfeccionamiento de un contrato a la aprobación o revisión de un organismo o autoridad superior, la adjudicación no producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos establecidos para el caso. Si el Organismo o autoridad superior improbare el contrato por no encontrarlo ajustado a la ley, deberán adaptarse las correspondientes reformas, y si esto no fuere posible por haberse configurado una causal de nulidad absoluta, se iniciará la tramitación para celebrar un nuevo contrato, si para esto último hubiere autorización legal. Si la negativa obedeciere a razones de inconveniencia, podrá iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo contrato, pero dentro de las condiciones que con dicho fin señale quien lo negó", la citada norma fue derogada por el artículo 81 de la Ley 80 de 1983.

obligaba a los sujetos del contrato. Esa tendencia legislativa, continuó con la expedición de la Ley 80 de 1993 (artículo 30, numeral 12⁷⁰⁴), donde igualmente de manera expresa se regula sobre la irrevocabilidad del acto adjudicación. Lo anterior implicó que solamente procedía un control judicial y no en sede administrativa, sobre el acto de adjudicación⁷⁰⁵.

Sin desconocer la anterior tendencia legislativa, pero bajo una recta interpretación, el H. Consejo de Estado, moduló esta prohibición legal, sosteniendo que como la entidad estatal tiene competencia para terminar el contrato (inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993), esa facultad la habilita y se hace extensiva igualmente al acto de adjudicación, a pesar, que en estricto sentido, no existe contrato; al respecto se precisó:

“[...] Si ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad contratante tiene la potestad -o mejor la obligación- de dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre, sin que requiera de decisión judicial previa que declare la nulidad del contrato, no puede afirmarse prima facie, que el acto de adjudicación que resulte viciado de nulidad por violación del mismo régimen por parte del adjudicatario, que todavía no es en rigor jurídico el contratista porque falta la formalización del contrato, sea irrevocable.

No parece lógico que ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad pública contratante pueda unilateralmente dar por terminado el contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre y no pueda, por el contrario, dejar sin efectos

⁷⁰⁴ “...12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía...”.

⁷⁰⁵ Consejo de Estado; sentencia del diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), expediente No. 6.436. en esta providencia se sostuvo “[...] Frente a la absoluta prohibición legal para revocar los actos de adjudicación de los contratos, la administración no puede invocar válidamente motivo alguno del cual pueda derivar potestades de revocación. Esto no significa que la entidad pública, en estos casos, quede sujeta a la sola voluntad del adjudicatario cuando el acto contraría preceptos superiores; ella tiene a la mano las acciones consagradas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., y si la infracción de la ley reúne las características descritas en el artículo 152 del mismo código podrá, además, obtener la suspensión provisional del acto.[...]”

*el acto mediante el cual adjudicó el contrato por la ocurrencia de la misma razón, con el argumento de que ese acto es irrevocable.[...]*⁷⁰⁶.

1.1. Revocabilidad del acto administrativo de adjudicación.

La anterior política legislativa, se modula con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, normativa que en el artículo 9 consagró: "El *acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad ó si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, éste podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 [...]*"

Obsérvese que si bien se consagró normativamente la tendencia jurisprudencial de aceptar la revocatoria del acto administrativo por casuales de inhabilidad o incompatibilidad, se condicionó la misma a dos circunstancias: Que la causal sea de carácter sobreviniente y la misma se presente dentro de una determinada temporalidad (adjudicación del contrato y suscripción del mismo); lo que significa que si esa casual de inhabilidad, o incompatibilidad, no presenta esas características, no existe competencia para ejercer la revocatoria del acto administrativo de adjudicación; salvo que se presente "consentimiento".

De igual manera, se consagró la causal de revocatoria por "*medios ilegales*"⁷⁰⁷, norma especial, que prima aún sobre las propias normas del CPACA, (93⁷⁰⁸), que no consagran esta causal de revocatoria, sino que debe acudir al control judicial.

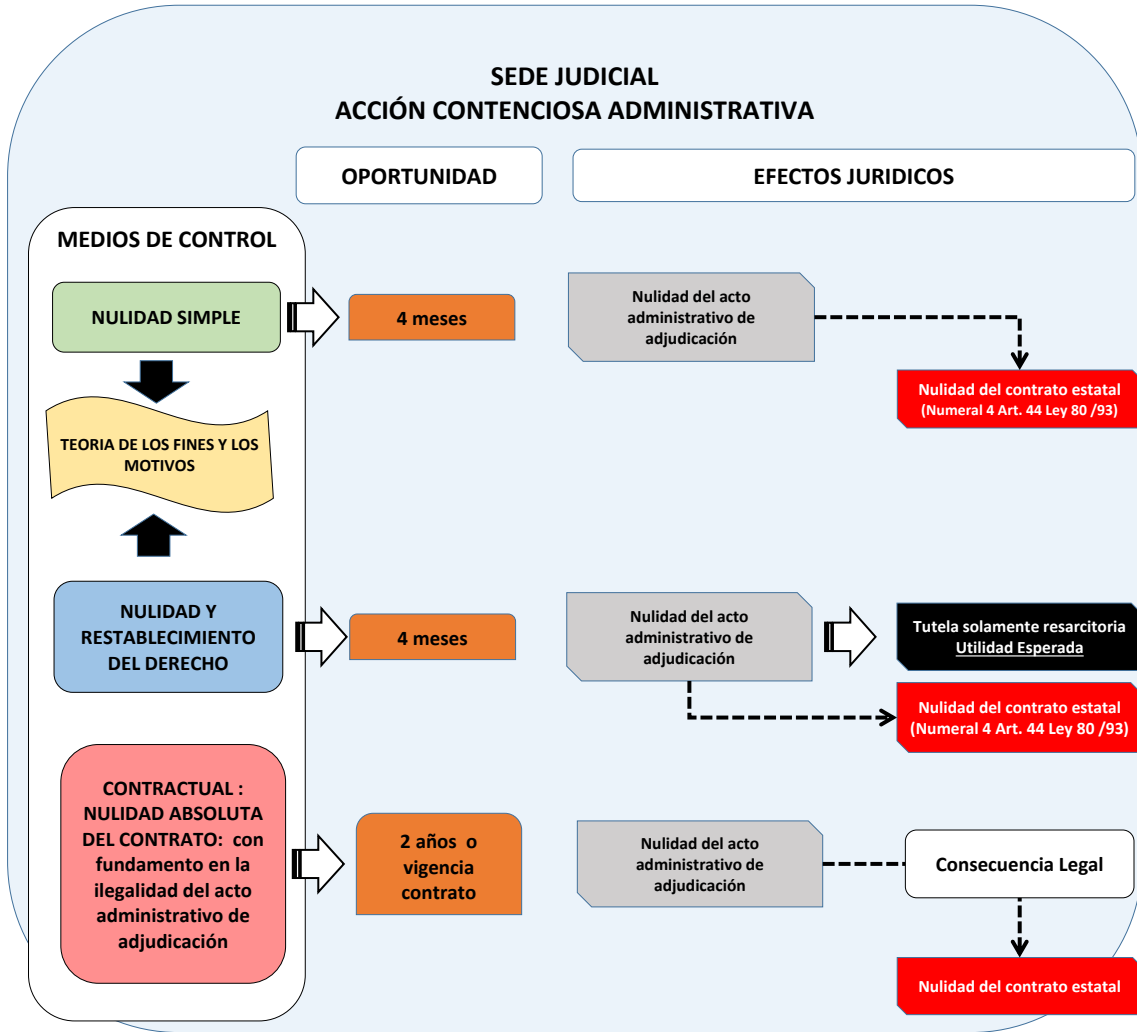
⁷⁰⁶ Consejo de Estado; providencia del quince (15) de agosto de dos mil dos (2002); expediente: 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923).

⁷⁰⁷ Consejo de Estado; sentencia del 16 de febrero de 2001; C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 12907. "...Entendida tal actuación..., como un vicio en la formación de la voluntad, que bien puede ocurrir por error, fuerza o dolo...Debe demostrarse que el acto es ostensiblemente fraudulento, es decir, que ocurrió con vicios en su formación de error, fuerza o dolo..."

⁷⁰⁸ "Causales de Revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

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

2. Control de legalidad del acto administrativo de adjudicación en sede jurisdiccional



Nuestro ordenamiento jurídico, ha permitido que la actividad contractual tenga un control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de esta manera en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisprudencia inicialmente aceptó, que en la etapa precontractual son susceptibles del control de legalidad –entre otros- el acto de apertura de la licitación, los pliegos de condiciones, el informe de evaluación de la propuestas, y, el acto

administrativo de adjudicación⁷⁰⁹; sin embargo, el H. Consejo de Estado precisó el alcance de este control, determinando *que sólo podían impugnarse los actos precontractuales definitivos o que, en su lugar, impidieran continuar con el proceso de selección*⁷¹⁰; bajo esos parámetros, son susceptibles del control de legalidad, el acto de apertura del procedimiento de selección; los pliegos definitivos cuando impidan la materialización del principio de selección objetiva; el acto de adjudicación, y, los actos administrativos, que terminan anormalmente el procedimiento administrativo de selección como el acto de declaratoria desierta de la licitación.

Como es de conocimiento, nuestra tradición legislativa, doctrinal y jurisprudencial, se ha ocupado bajo criterios distintos, del control judicial de los diferentes actos administrativos⁷¹¹ que se profieren en la actividad contractual.

La controversia inicial, radicó en el alcance jurídico del concepto "actividad contractual", utilizado igualmente en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 87 del anterior Código Contencioso Administrativo.

Para delimitar el anterior concepto, se acudió por vía jurisprudencial a analizar una concepción restrictiva⁷¹² (bajo la cual el concepto de actividad contractual comprendería

⁷⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 7 de octubre de 1999, Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10610. Enunciada nuevamente a título de contexto en: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo; seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00741-01(27506) "[...] Inicialmente la Sala entendió que la norma involucraba a todos los actos previos. En ese orden de ideas los administrados con interés directo –para el efecto los proponentes vencidos- o quienes en interés general pretendían preservar el ordenamiento, podían demandar la ilegalidad del acto de apertura del proceso licitatorio, del pliego de condiciones, del acto de adjudicación y aún del informe final de evaluaciones, sin inmiscuirse en la acción contractual. En suma, porque, al tenor del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la gestión contractual de la administración, eran demandables en ejercicio de las acciones "de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho según el caso".

⁷¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio Sentencia de 13 de junio de 2011. Expediente n.º 19336.. Reiterada en: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo; seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00741-01(27506)

⁷¹¹ Coexisten diversos criterios para conceptualizar el "acto administrativo": criterio material, criterio formal, criterio orgánico y criterio jurisdiccional. En nuestro ordenamiento jurídico prima el carácter o criterio material para determinar la naturaleza jurídica del "acto administrativo". En consecuencia, se entiende por esa noción: "al acto administrativo como especie de la noción genérica de "acto jurídico", que debe tener una manifestación de voluntad de naturaleza decisoria, destinada a producir efectos jurídicos; no importa el órgano que lo expida, siempre y cuando actúe en ejercicio de la función administrativa". Dromi, Roberto, *El Acto Administrativo*. Buenos Aires. Ed. Ciudad Argentina. Tercera Edición. 2000.

⁷¹² Acerca de las acciones procedentes frente a los actos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de abril de 1987, exp. 5050; sentencias del 18 de octubre de 1989, exp. 5655, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 6 de diciembre de 1990, exp. 5165, M.P.: Carlos Gustavo Arrieta; del 16 de octubre de 1990, exp. 5949, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 16 de mayo de 1991, exp. 5931, M.P.: Julio César Uribe Acosta; auto de Sala Plena del 10 de mayo de 1991, exp. C-171, M.P.: Dolly Pedraza de Arenas. sentencia proferida

solamente los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, es decir, en la etapa de ejecución del mismo; no quedarían cobijados los actos previos o separables). Otra de carácter amplio que comprendería todos los actos expedidos en el procedimiento administrativo de celebración y ejecución del contrato⁷¹³.

Ante esas dos alternativas, puede indicarse que nuestra tendencia radicaba en aceptar la concepción amplia, y bajo esa modalidad la actividad contractual comprende todos los actos que se profieren, dentro de la operación contractual, vale decir, los que tienen relación directa con las actividades que se cumplen desde la iniciación del proceso de selección del contratista hasta la terminación y liquidación del contrato.

Sin desconocer lo anterior, igualmente procede señalar que dentro de esa concepción amplia de actividad contractual, se distingue: La denominada etapa precontractual (actos separables o previos al contrato) y la etapa contractual⁷¹⁴ propiamente dicha.

Con fundamento en ese alcance al concepto de actividad contractual y a la aceptación de unas etapas debidamente definidas dentro de la indicada actividad contractual, se consagraron en nuestro ordenamiento jurídico, diferentes medios de control (teoría de los motivos y finalidades⁷¹⁵) para ejercer el control judicial de los actos proferidos dentro de la actividad contractual.

Este control de legalidad para efectos de esta investigación se centrará en el denominado “acto de adjudicación”, habida cuenta que constituye la razón de ser del

el 22 de abril de 2009; actor: Seguros Generales Aurora S.A.; CP: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Resulta ilustrativo tener en cuenta lo expuesto por la Sala en sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16540.

⁷¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias del 13 de diciembre de 2001, exp. 19.777 y del 29 de junio de 2000, exp. 16.602

⁷¹⁴ Cfr. Parra Lacan María Ángeles. Directora. Negociación y perfeccionamiento de los contratos. Thomson Reuters. Aranzadi. 2014.; Messineo Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I y II, Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires, 1952.; Pérez Vives Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I, II y III. Universidad Nacional de Colombia. 1957.

⁷¹⁵ Debe indicarse que el alcance de esta teoría, pasó de una consagración jurisprudencial, a positivizarse con fundamento en el artículo 137 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el siguiente sentido: (i) la existencia por regla general de un control objetivo de legalidad (nulidad simple), respecto a los actos administrativos de carácter general; (ii) la existencia por vía excepcional⁷¹⁵ de ese control objetivo de legalidad respecto a actos administrativos de carácter particular y concreto; (iii) un control subjetivo de legalidad (nulidad y restablecimiento del derecho) por regla general aplicable respecto a los actos administrativos de carácter particular y concreto; (iv) la facultad de presentar respecto a actos administrativos de carácter general que implican un restablecimiento de derecho, siempre y cuando, condicionado a que ese control de legalidad se ejerza dentro de los cuatro (4) meses a la expedición del acto administrativo general correspondiente.

procedimiento administrativo pre-contractual, y como se verá con posterioridad, sus efectos jurídicos y su propio control es transversal frente a las demás etapas de la actividad contractual.

2.1. Una historia pacífica frente al control del acto administrativo de adjudicación.

En primer lugar debe recordarse, que frente a este acto administrativo de carácter particular y concreto, de naturaleza precontractual, históricamente nuestra legislación ha consagrado ese control mediante dos vías: (i) un control objetivo de legalidad y (ii) un control subjetivo de legalidad⁷¹⁶. Actualmente se continúa con la misma política legislativa, la cual se encuentra consagrada en el artículo 141 del CPACA. *"...Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137⁷¹⁷ y 138⁷¹⁸ de este Código, según el caso..."*

En segundo lugar, es importante señalar de manera concreta los debates doctrinales y jurisprudenciales que conlleva el consagrar respecto al acto administrativo de adjudicación, ese doble control de legalidad; debates que se relacionan básicamente

⁷¹⁶ "Artículo 87. De Las Controversias Contractuales. [...] Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato..." del Decreto - Ley 01 de 1984.

⁷¹⁷ "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. 4. Cuando la ley lo consagre expresamente. Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente".

⁷¹⁸ "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

respecto a: (i) el término de caducidad⁷¹⁹ para ejercer la acción contenciosa, según el medio de control⁷²⁰; (ii) el contenido de la respectiva pretensión, cuando ya se había celebrado el contrato, pero su nulidad se fundamenta en la propia nulidad del acto administrativo de adjudicación⁷²¹; si era necesario o no, una acumulación objetiva de pretensiones (unas relacionadas con las causales de nulidad del acto administrativo y otras con la legalidad del negocio jurídico celebrado), (iii) los temas relacionados con los conceptos de parte pasiva; la vinculación del contratista cuando se demanda solamente el acto administrativo de adjudicación y la naturaleza de esa vinculación (tercero

⁷¹⁹ En vigencia del anterior Código (artículo 87, Decreto- Ley 01 de 1984), se discutía si el demandante contaba con dos términos de caducidad: el de nulidad y restablecimiento del derecho (30) días; y el del control de nulidad del contrato con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación (2 años).

⁷²⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz (E); veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015); Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00006-00(33635). “[...]En esa perspectiva, el sistema procesal para demandar los actos administrativos precontractuales, contractuales y postcontractuales es complejo, comoquiera que articula las acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, la de controversias contractuales y, excepcionalmente, la de reparación directa –v.gr. cuando existe omisión administrativa en la celebración del contrato estatal–. Establecido que la vía idónea para demandar los actos administrativos precontractuales, contractuales y postcontractuales, una vez celebrado el contrato estatal, es la acción de controversias contractuales del artículo 87 del C.C.A., es preciso definir si la teoría de móviles y finalidades es predicable frente a la misma, esto es, si la acción de nulidad simple puede ser impetrada contra actos administrativos particulares de contenido contractual. Para la Sala, una vez perfeccionado el contrato estatal en los términos del artículo 41 de la ley 80 de 1993, la teoría de móviles y finalidades resulta improcedente frente a la acción de controversias contractuales, por las razones que se exponen a continuación: Para controvertir la legalidad de los actos administrativos relacionados con la actividad contractual –contractuales y poscontractuales– no sólo es relevante la legalidad en sentido objetivo, sino que, para determinar su legalidad –en la mayoría de los eventos– es imprescindible valorar aspectos relacionados con el contrato estatal o convenio interadministrativo. En otros términos, para contrastar la validez de los actos administrativos contractuales resulta inexorable atender al contenido y alcance del negocio jurídico celebrado, así como al comportamiento contractual de los contratantes, el grado de ejecución, etc.[...]” : Igualmente, Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; Dos (2) de Febrero de dos del diecisiete (2017); Radicación Número: 47001-23-33-000-2014-00045-01(54794)

⁷²¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00045-01(54794); Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607); Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veintinueve (29) de octubre (10) de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-15-000-2004-00447-01(34801); Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1997-00663-01(32113); Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz(E); primero (1) de julio de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-36-000-2015-00207-01(54168); Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Olga Melida Valle de La Hoz (E); tres (3) de junio de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00613-01(31211); Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E); veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01071-01(36978); Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz; seis (6) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00805-01(29365); Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz; dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02343 01(29225); Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E) ; doce (12) de marzo de dos mil quince (2015); Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00004-00(33595); Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; doce (12) de febrero de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03058-01(25395); Sección Tercera; Subsección C;; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz; nueve (09) de julio de dos mil catorce (2014); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15154-01(26333); Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15290-01(28342); Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; noviembre trece (13) de dos mil trece (2013); Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02922-01(28479).

vinculado con interés legítimo, litisconsorcio facultativo⁷²², litisconsorcio necesario⁷²³, el litisconsorcio cuasi-necesario, etc.⁷²⁴).

En tercer lugar, el control de legalidad respecto al acto administrativo de adjudicación y concretamente en lo relacionado con el restablecimiento del derecho del licitante (no favorecido), cuando prospera la pretensión de nulidad del acto administrativo de adjudicación, se ha venido caracterizando, por los siguientes aspectos: (i) como se ha dejado reseñado, los licitantes no favorecidos pueden materializar su derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, mediante el ejercicio de la acción contenciosa administrativa, utilizando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) este control subjetivo de legalidad se caracteriza por contener unas pretensiones mixtas: - una primera de naturaleza declarativa (nulidad del acto administrativo de adjudicación), y - una segunda, consecencial y de condena, relacionada con el restablecimiento del

⁷²² "No ha sido pacífico el debate sobre la naturaleza de la posible relación litisconsorcial existente entre la entidad pública que adjudica un contrato y el contratista beneficiado, cuando se demande la nulidad del acto de adjudicación. No se puede establecer una única posición, porque todo dependerá de las circunstancias en que se desarrolle el litigio. Lo anterior bajo el entendido de que existirá un litisconsorcio necesario pasivo entre la entidad estatal que adelantó el proceso licitatorio que culminó con la celebración del contrato, y el contratista que lo suscribió, siempre que al momento de admisión de la demanda el contrato se encuentre en ejecución, porque sólo en este supuesto existe un interés directo y serio del contratista en las resultas del proceso dado que puede verse perjudicado con la sentencia que declare la nulidad del acto de adjudicación, por cuanto esa circunstancia se erige en causal de nulidad absoluta del contrato, y le impone a la entidad el deber de terminarlo unilateralmente. (ley 80/93, art. 44 - 4 y 45). Pero si el contrato que se celebró como producto del acto de adjudicación demandado, ya se ejecutó, desaparece el interés que el contratista tendría sobre el resultado del proceso, y éste llevarse a término con o sin su presencia, por cuanto en este evento se configura un litisconsorcio facultativo." Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintiséis (26) de mayo de dos mil cinco (2005); Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00476-01(25341)

⁷²³ "Si bien en otras oportunidades la Sala ha sostenido que, únicamente, cuando se demande la nulidad del acto mediante el cual se adjudicó el contrato, y éste se encuentre en ejecución, la entidad contratante y el adjudicatario conforman un litisconsorcio necesario, porque sólo en ese supuesto, existe un interés directo y serio del contratista en las resultas del proceso, dado que puede verse perjudicado con la sentencia que declare la nulidad del acto de adjudicación, en esta ocasión, la Sala precisa el punto, en el entendido de que siempre que se demande la nulidad del acto de adjudicación de un contrato, deberá vincularse al proceso a la entidad adjudicataria de ese contrato. En efecto, sin necesidad de ahondar en la existencia o inexistencia de implicaciones económicas para el contratista, derivados de la anulación del acto de adjudicación, es claro que, a la entidad adjudicataria le asiste el derecho de salir a defender que la propuesta, por ella presentada, fue la mejor y que, en tal propósito, cumplió con todos los requisitos señalados en el pliego de condiciones, y se sujetó a los principios que rigen la contratación estatal. Precisamente, la única manera de que la adjudicataria pueda defender sus derechos, es compareciendo al proceso en el cual se está cuestionando la legalidad del acto que le adjudicó el contrato. De allí que el juez de primera instancia está en la obligación de garantizarle tal posibilidad, y, de no hacerlo, estaría patrocinando una clara violación a su derecho de defensa. La no integración en debida forma del contradictorio genera una nulidad, de conformidad con el numeral 9 del artículo 140 del C.P.C." Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; diciembre siete (7) de dos mil cinco (2005); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911)Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 73001-23-31-000-1997-5365-01(15705)DM

⁷²⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E); catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01437-01(52378); Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; siete (7) de marzo de dos mil doce (2012); Radicación número: 54001-23-31-000-1997-02625-01(20745); Sección Tercera; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; diciembre siete (7) de dos mil cinco (2005); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911).

derecho ó la reparación del daño antijurídico. (iii) Nuestra línea jurisprudencial, ha sostenido que para que opere el indicado restablecimiento del derecho, o la reparación, además de demostrarse la respectiva causal de nulidad del acto administrativo de adjudicación, debe estar plenamente probado que el demandante (licitante no favorecido) había presentado “*la mejor propuesta*”. (iv) Dados esos supuestos, a título de restablecimiento del derecho, se ha optado a la fecha de manera pacífica, por reconocer la “*utilidad*” esperada⁷²⁵.

III. La problemática que encierra el actual control de legalidad del acto administrativo de adjudicación

A nivel de la jurisdicción contenciosa administrativa, debe recordarse que la etapa precontractual se caracteriza en esencia por la existencia de un control de legalidad respecto de actos administrativos previos y específicamente, del acto administrativo de adjudicación. Lo anterior significa, y debe reiterarse, que la verdadera responsabilidad precontractual, en materia de la actividad contractual estatal, se materializa, cuando no está de por medio el control de legalidad del acto administrativo, en estos eventos, ese control de legalidad se realiza mediante el medio de control de reparación directa (cobrando relevancia jurídica los principios de buena fé⁷²⁶ y confianza legítima), mientras, que cuando se trata de un acto administrativo, se realiza mediante el medio de control de nulidad y restablecimientos del derecho.

1. Nuestra política legislativa tradicional en materia del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, ha sido constante en permitir dos medios de control: el control objetivo de legalidad (nulidad del acto de adjudicación) y el control subjetivo de legalidad (nulidad y restablecimiento del derecho).

Consagrar el control objetivo de legalidad, como un desarrollo de la denominada teoría de los fines y motivos, implica en estricto sentido, que el acto de adjudicación pudiese ser impugnado por cualquier persona (legitimación activa amplia) y sin límite temporal de

⁷²⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03862-01(32434).

⁷²⁶ Cfr. Orquidi Castilla Gustavo. Buena fe en los contratos. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. 2011.

caducidad. Esta situación, ha conllevado que se legisle buscando limitar la temporalidad de la acción simple de nulidad respecto del acto administrativo de adjudicación; lo cual, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial ha conllevado diferentes controversias⁷²⁷:

a) Con base en la anterior legislación (artículo 87 Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998): (i) los actos proferidos antes de la celebración del contrato, eran demandables mediante la nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de un plazo de temporalidad de 30 días; celebrado el contrato, la ilegalidad de esos actos administrativos, solamente podía invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. (ii) Esta norma no solamente consagraba la coexistencia de dos medios de control (nulidad objetiva) – (nulidad y restablecimiento del derecho), igualmente un especial término de caducidad (30 días) y además, una condición para ejercer esos medios de control; situación que conlleva a diversas interpretaciones y dificultó su aplicación. (iii) En ese sentido, para los eventos donde el contrato se celebraba con anterioridad al mencionado término de los treinta (30) días, una tendencia interpreto que la celebración del contrato conlleva la extinción anticipada del término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, para impugnar los actos previos; otra, que por el contrario la celebración del vínculo contractual, no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad. (iv) Lo cierto es que bajo esa normativa el acto administrativo de adjudicación, podía ser impugnado mediante la nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, como por vía contractual (pretendiendo la nulidad del contrato, con fundamento precisamente en la nulidad del acto administrativo de adjudicación).

⁷²⁷ Ver al respecto: Consejo de Estado, sentencia del 10 de agosto de 1961 C.P. Carlos Gustavo Arrieta; Consejo de Estado sentencia 21 de Agosto de 1972, C.P. Humberto Mora Osejo; Consejo de Estado, Auto de 2 de Agosto de 1990 C.P. Pablo J. Cáceres Corrales; Consejo de Estado, Sentencia de 16 de mayo de 1991 C.P. Alvaro Lecompte, Consejo de Estado, Sentencia de 28 de agosto de 1992, C.P. Miguel González Rodríguez; Consejo de Estado, Sentencia del 26 de Octubre de 1.995, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejo de Estado, sentencia del 29 de Octubre de 1996 C.P. Daniel Suarez Hernández; Corte Constitucional Sentencia C-426 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, Consejo de Estado, Sentencia del 4 marzo 2003 Exp.05683. C.P. Manuel Santiago Urueta. Igualmente, Penagos Vargas, Gustavo, Nulidades y Acciones del Acto Administrativo, Ediciones Doctrina y Ley, 1,996.

b) La nueva normativa vigente (Ley 1437 de 2011, artículo 164⁷²⁸; CPACA), consagra solamente que la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, debe interponerse dentro del término de cuatro meses, lo cual implica los siguientes aspectos: (i) esta nueva normativa de alguna manera, acoge la tesis restrictiva de la noción de actividad contractual⁷²⁹ y por consiguiente se abandona la noción de “actos separables del contrato” y sencillamente los regula como “actos previos”. (ii) Esa distinción, conlleva que no sean susceptibles de control por vía contractual, sino por medio del control de cualquier acto administrativo; es decir, nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho. (iii) Obsérvese que este es uno de los casos donde el legislador de manera expresa permite ejercer contra un acto administrativo de carácter particular, no solamente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de igual manera el de simple nulidad; sin embargo, es importante manifestar, que esa procedencia de los dos medios de control, no puede entenderse de manera indiscriminada o arbitraria; por el contrario, su procedencia depende de que se cumplan los requisitos exigidos por el legislador para uno u otro, en los artículos 137 y 138, del nuevo código. (iv) De igual manera se hace importante resaltar que se consagro un mismo término de caducidad (4 meses) para la acción contencioso administrativa que se ejerza contra el acto administrativo de adjudicación, independientemente que se desarrolle mediante el medio de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho. (v) Por último se elimina en buena hora, la condición relacionada con la celebración del contrato, como fuente para determinar el medio de control procedente.

⁷²⁸ Señala el numeral segundo literal c) del artículo 164 lo siguiente: “... Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso...”

⁷²⁹ Respecto al alcance jurídico del concepto “actividad contractual”, utilizado igualmente en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 87 del anterior código contencioso administrativo, se acudió por vía jurisprudencial a analizar una concepción restrictiva, bajo la cual el concepto de actividad contractual comprendería solamente los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, es decir, en la etapa de ejecución del mismo; no quedarían cobijados los actos previos o separables. Otra de carácter amplio que comprendería todos los actos expedidos en el procedimiento administrativo de celebración y ejecución del contrato. Ante esas dos alternativas, puede indicarse que nuestra tendencia radicaba en aceptar la concepción amplia, y bajo esa modalidad la actividad contractual comprende todos los actos que se profieren, dentro de la operación contractual, vale decir, los que tienen relación directa con las actividades que se cumplen desde la iniciación del proceso de selección del contratista hasta la terminación y liquidación del contrato. En, Garzón Martínez, Juan Carlos. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Sistema Escrito – Sistema Oral. Debates Procesales. (Ley 1437 del 18 de Enero de 2011). Op, cit..

c) Aún desde una visión procesal, subsisten los problemas relacionados con quienes, deben ser parte frente al control de legalidad del acto administrativo de adjudicación (solamente la entidad pública contratante que expidió el acto administrativo de adjudicación, o debe concurrir, el contratista a quien se la adjudicó el contrato); de igual manera, la naturaleza de esa calidad de parte (litisconsorcio facultativo – necesario – cuasinecesario – tercero interesado – coadyuvante).

Señalada la coexistencia de los medios de control respecto del acto administrativo de adjudicación, la cuestión no radica simplemente en unificar el elemento temporal, para ejercer el control de nulidad objetivo (lo cual ha sido aceptado de manera pacífica por nuestra tradición legislativa y jurisprudencial), la verdadera cuestión, implica definir la justificación o no, de esa coexistencia de medios de control, respecto a un acto administrativo, de carácter particular y concreto, como es la naturaleza del acto de adjudicación; lo anterior por cuanto si bien, se unificó la temporalidad para su ejercicio, nuestra normativa (dada la legitimación amplia para ejercer el control objetivo de los actos administrativos), permite que terceros ajenos a la actividad contractual, mediante este mecanismo de control objetivo de legalidad, incidan igualmente en la situación jurídica del contrato estatal; se afirma lo anterior por cuanto, no puede perderse de vista, que en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad del contrato estatal, se produce, cuando se declaran nulos los actos administrativos en que se fundamente (art. 44 Ley 80 de 1993).

2. Ese control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, dada su propia estructura, implica desconocer la denominada tutela restitutoria y solamente aceptar la tutela resarcitoria.

Se afirma lo anterior, por cuanto si bien, formalmente podría aceptarse con base en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que la nulidad del acto administrativo implicaría el restablecimiento del derecho, es decir, proteger el derecho subjetivo del licitante demandante (adjudicarle el contrato, indebidamente adjudicado a otro concursante), en nuestro ordenamiento jurídico, se confunde, ese "*restablecimiento del derecho*", con la "*tutela resarcitoria*", es decir: si bien se declara nulo el acto de adjudicación, desde la visión jurídica no surte efecto retroactivo alguno, por cuanto, su

consecuencia, se materializa con la indemnización de perjuicios; los cuales se centran por regla general, en el reconocimiento de la denominada “*utilidad propia del contrato*”.

3. La estructura del control de legalidad actual, conlleva a desconocer el principio de seguridad jurídica⁷³⁰ en materia de la actividad contractual.⁷³¹

Lo anterior por cuanto, como se ha referenciado, la impugnación del acto administrativo de adjudicación, no impide en nuestro ordenamiento jurídico la consecuenencial celebración y ejecución del contrato estatal. Además de lo anterior, nuestras normas contractuales, consagran como causal de nulidad del contrato estatal, la nulidad del acto de adjudicación⁷³².

En este sentido, la tutela restitutoria plena, cuando: (i) se declara nula la adjudicación del contrato, conlleva a causa de nuestro control de legalidad actual, mayores problemas y mayores inseguridades por cuanto, al celebrarse el contrato y estar en plena ejecución, pretender adjudicarlo al nuevo contratista, implica una nueva responsabilidad para la entidad contratante respecto a los propios derechos del anterior contratista, que compromete la responsabilidad de la entidad estatal contratante; (ii) en otros términos, el respeto a la tutela judicial efectiva del contratista a quien se le privaría de seguir ejecutando el contrato, a causa de la nulidad del acto de adjudicación que inicialmente le favoreció, todo sin desconocer, que en nuestro ordenamiento jurídico, ese acto administrativo de adjudicación es de naturaleza unilateral⁷³³.

⁷³⁰ Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. Aproximación al Derecho Administración Constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2009.

⁷³¹ Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: T-046 del 10 de febrero de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-138 del 9 de abril de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-478 del 9 de septiembre de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero; y T-364 del 20 de mayo de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: T-046 del 10 de febrero de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-138 del 9 de abril de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-478 del 9 de septiembre de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero; y T-364 del 20 de mayo de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consejo De Estado, Sección Primera. Sentencia del 26 de febrero de 2015, Exp: 2014-1114. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁷³² Garzón Martínez, Juan Carlos. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Sistema Escrito – Sistema Oral. Debates Procesales. (Ley 1437 del 18 de Enero de 2011), Op.cit.

⁷³³ Cfr. Thibierge Catherine. Nulidad, Restituciones y Responsabilidad. Traducción de Gustavo de Greiff. Universidad del Externado. 2010.

4. Es importante precisar que el actual control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, que de manera concreta surte los siguientes efectos: (i) permitir, que el contrato estatal quede *sub judice* a consecuencia de la impugnación del acto administrativo de adjudicación; (ii) permitir, de manera general como quedó demostrado, la tutela resarcitoria y no la restitutoria, a pesar de la nulidad del acto administrativo de adjudicación; no ha presentado ningún tipo de cuestionamiento, ni a nivel doctrinal, ni jurisprudencial; es decir, se trata de un control de legalidad aceptado pacíficamente en nuestro ordenamiento jurídico⁷³⁴.

5. Los problemas nucleares del actual control de legalidad, no se resuelven en estricto sentido, con adoptar una diferente interpretación jurídica; a título enunciativo: (i) optar por adjudicar el contrato al licitante que demostró en sede judicial ser la mejor oferta y no, el pago de la utilidad a título de indemnización, por cuanto esa solución no es de recibo, a causa de que el contrato ha sido celebrado y está en plena ejecución y aún en algunos casos, ya se encuentra finalizado; (ii) en aceptar o imponer, una verdadera carga procesal probatoria en materia de indemnización, en el sentido, de no reconocer la utilidad con fundamento en la mera enunciación dentro de la respectiva oferta; (iii) en aceptar, que el concepto de “*utilidad*” a título de perjuicio, no reúne los requisitos de certeza; por cuanto, una situación es, el derecho del licitante que presentó la mejor oferta a que se le adjudique el contrato y lo pueda ejecutar y una cuestión distinta, es la propia incertidumbre que caracteriza la obtención o no, de la utilidad esperada. (iv) En aceptar, que la nulidad del acto de adjudicación, conlleva a quien demostró ser la mejor propuesta, en estricto sentido un derecho adquirido y no, una expectativa legítima relacionada con la adjudicación del contrato⁷³⁵.

⁷³⁴ Ley 1437 de 2011 (CPACA).

⁷³⁵ Por su parte, el Consejo de Estado se ha referido a los derechos adquiridos y a las expectativas legítimas de la siguiente manera: Ha sostenido que los derechos adquiridos son “aquellos que han entrado en [el] patrimonio, que hacen parte de él, y que nadie [los] puede arrebatar”, es decir, se comprende en las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, ingresaron definitivamente al patrimonio de su titular; por ende, están protegidas de todo “acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege”. Ha considerado que las expectativas legítimas se refieren a las situaciones encaminadas a la formación de un derecho subjetivo, conformadas por aquellas esperanzas legítimas que surgen del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada expresado en la constitución de los hechos previstos en la ley para la adquisición del derecho y que, a pesar de no haber ingresado aún el derecho en el patrimonio del sujeto, ofrecen la certeza de que recorrido el camino de los hechos jurídicos se constituirá el derecho. “Por lo tanto, son situaciones que si bien no están consolidadas ni han generado una situación de adquisición de un derecho, sí han creado expectativas válidas, en cuanto fundadas en la realización progresiva de los supuestos de hecho tasados legalmente para la obtención del derecho y por ende, gozan de protección”. Ver en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637). C.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero; Corte Constitucional, sentencia C-168 del 20 de abril de

6. Se quiere significar que la respuesta a los problemas que conlleva nuestro vigente control de legalidad del acto de adjudicación, como se ha sostenido en nuestra hipótesis, implica reformular el indicado control; lo anterior por cuanto: (i) no puede seguir confundiendo los fines y la coexistencia de la tutela restitutoria y resarcitoria; (ii) de igual manera, tampoco puede seguir desconociéndose que la responsabilidad de la entidad pública contratante, si bien, se genera con anterioridad al contrato, no debe regirse por los parámetros que caracterizan a la responsabilidad extracontractual, sino a los propios principios que regulan la responsabilidad por el acto administrativo; esa reformulación del control de legalidad vigente, no responde a nuevos criterios interpretativos, sino, a modificar el procedimiento establecido.

A título de una conclusión preliminar, se debe rescatar que desde el punto de vista del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, en sede administrativa por regla general no procede ningún tipo de control (ausencia de recursos y de revocatoria directa general); excepcionalmente se acepta una revocatoria del acto administrativo de adjudicación bajo determinadas y expresas condiciones (inhabilidad e incompatibilidad sobreviniente - demostración de medios ilegales); lo anterior significa, que realmente el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación se realiza en sede judicial.

Ese control de legalidad en sede judicial, es de naturaleza difusa; por cuanto, coexisten diversos medios de control: (i) nulidad simple; (ii) nulidad y restablecimiento del derecho; (iii) contractual; (iv) acción popular.

Además de tratarse de un control difuso de legalidad, igualmente implica que la impugnación del acto administrativo de adjudicación, conlleva a un control indirecto del contrato estatal; lo anterior, por cuanto, por expreso mandato legal, la nulidad del acto

1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Corte Constitucional, sentencia C-478 del 9 de septiembre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Radicación número: 10775. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Por otro lado, Corte Constitucional: C-147 del 19 de marzo de 1997 (Antonio Barrera Carbonell); Sentencia C-478 del 9 de septiembre de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); Sentencia C-926 del 19 de julio de 2000 (Carlos Gaviria Díaz); Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett); Sentencia C-314 del 1 de abril de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y Sentencia C-192 del 20 de abril de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

administrativo de adjudicación conlleva la nulidad del propio contrato estatal (num 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993).

De igual manera, este control de legalidad actual del acto administrativo de adjudicación, es paralelo; y, posterior a la celebración y ejecución del contrato estatal. Sistema que en síntesis genera dos dificultades; la primera, relacionada a que el contrato queda *sub judice* durante todo lo que tarda el proceso contencioso administrativo; y la segunda, en atención a que fácticamente es imposible adjudicar el contrato estatal a quien en sede judicial demuestra la ilegalidad del acto administrativo, pasamos de una tutela restaurativa y resarcitoria, a una tutela solamente resarcitoria; circunstancia, que desconoce la naturaleza jurídica del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

IV. Crisis del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación

Para desarrollar este subtema se hace necesario: **(i)** en primer lugar, recordar los aspectos de la responsabilidad precontractual, marcar las diferencias en materia privada y pública y justificar, porque en sentido estricto, la causa de la responsabilidad de la entidad contratante cuando existe un acto administrativo de por medio, no debe definirse bajo los parámetros de la responsabilidad precontractual; **(ii)** en tercer lugar, se abordará cómo ha venido nuestro ordenamiento jurídico regulando, la tutela judicial efectiva frente al acto administrativo de adjudicación, con la finalidad de demostrar, si el control de éste acto administrativo responde a una tutela judicial "restitutoria" o sencillamente a una de naturaleza exclusivamente "resarcitoria"; **(iii)** en cuarto lugar, es importante revisar las consecuencias que conlleva el actual mecanismo de impugnación del acto administrativo de adjudicación, al permitir diferentes medios de control, dentro de la propia acción contencioso administrativa y de igual manera, la acción popular como un control difuso de legalidad que surte efectos jurídicos aún frente al propio contrato estatal; **(iv)** todo con el objetivo de proponer y justificar, un proyecto de reforma legislativa relacionado con el indicado control de legalidad del acto administrativo de adjudicación.

A. Responsabilidad precontractual privada y pública

1. Etapa o fase precontractual en el derecho privado

La responsabilidad precontractual, importa la obligación legal de reparar un daño surgido en el periodo previo al perfeccionamiento de un contrato⁷³⁶; la delimitación de la responsabilidad precontractual, implica, el análisis del principio de “*libertad de contratar*”⁷³⁷, en el sentido que no debe ser tan limitada su interpretación, que involucre la responsabilidad de quien libremente y en ejercicio de su derecho constitucional, opta por no ingresar a una relación jurídica contractual; pero tampoco, tan amplia esa interpretación que permita, la causación de un daño antijurídico y su irresponsabilidad⁷³⁸.

Este tipo de responsabilidad, que se relaciona con el período precontractual, desde la visión de su aplicación, se concreta en lo que se ha denominado las “tratativas preliminares” (específicamente: - la ruptura intempestiva, arbitraria o irrazonable de las negociaciones; de lo contrario, se estaría dentro de la órbita del principio de libertad de contratación⁷³⁹. - Igualmente violación de deberes específicos, entre otros, deber de colaboración, deber de custodia y conservación, deber de información, deber de lealtad)⁷⁴⁰.

Al respecto se tiene, que las tratativas contractuales, son una institución propia del derecho privado, frente a la cual, la H. Corte Suprema de Justicia, las han definido como

⁷³⁶ Es responsabilidad precontractual, la que existe por los daños resultantes de la frustración inmotivada de un contrato, como consecuencia del intempestivo apartamiento, de una de las partes de las tratativas previas, que de acuerdo al curso normal, debían conducir a la conclusión de aquel, o a su definitiva no celebración por falta de acuerdo; como así también, cuando el mismo no llega a perfeccionarse válidamente por estar viciado de nulidad, por causas exclusivamente atribuibles a una de las partes. En Trigo Represas Félix A. Ponencia para la Comisión No. 1 de las V Jornadas de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 29 al 31 de octubre de 1992.

⁷³⁷ Cfr. Ripert Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Ibañez. 2016.

⁷³⁸ Vahacalli Daniel C. Picasso Sebastián; Lecciones y Ensayos, Responsabilidad Precontractual y Postcontractual; Abeledo Perrot; 1994; pp. 212 Online en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>

⁷³⁹ Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos. Editorial Rubinzal-Culzoni. 1995. Pp. 352. Sostiene “quien se aparta en forma arbitraria e intempestiva de las tratativas, o quien retracta una oferta sin permitir a la otra parte su diligente consideración, se comporta de un modo contrario al derecho”.

⁷⁴⁰ Las tratativas en su concepción individualista clásica, son cada vez mas infrecuentes, en lo que hace al consumo masivo, respecto a los denominados contratos de adhesión o cláusulas predispuestas; sin embargo, si bien es probable que las tratativas no existan como tales, por estar subsumidas en la publicidad mismas, la violación por ejemplo al deber de información, puede dar derecho a accionar por daños y perjuicios. Ver en Vahacalli Daniel C.; Picasso Sebastián; Lecciones y Ensayos, Responsabilidad Precontractual y Postcontractual; Abeledo Perrot; 1994; pp. 217 Online en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>

aquellas negociaciones previas a la celebración del contrato o toda la actividad desplegada en función de una contratación⁷⁴¹.

En relación con la responsabilidad, por la frustración abrupta de perfeccionar el negocio jurídico, el derecho privado encuentra su fundamento normativo en el artículo 863 del Código de Comercio⁷⁴², toda vez, que *"durante el periodo precontractual, sea este, de meras tratativas o de oferta seguida de aceptación que no perfeccionan el contrato, bien porque es solemne, ora porque es real. Responsabilidad esta que aparece aún con independencia del surgimiento de un 'vínculo jurídico', pues basta que el perjuicio provenga de un actuar no guiado por la 'buena fe exenta de culpa', según lo declara el artículo 863"*⁷⁴³.

A nivel de la jurisdicción ordinaria, y en los temas relacionados con la responsabilidad precontractual puede llegarse a las siguientes precisiones: (i) la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado la responsabilidad contractual y la extracontractual o Aquiliana, en el sentido que la primera, resulta del incumplimiento de una obligación, vale decir, de un vínculo jurídico concreto, preexistente entre las partes (reglada por el título XII, Libro IV del Código Civil); la segunda se presenta con prescindencia de esa vínculo preexistente, en los casos en que una persona observa una conducta ilícita (dolosa o culposa) que le irroga daño a otra, evento regido a su vez, en el título XXXIV del mismo libro del Código. Por lo anterior, son cuestiones ajenas a la responsabilidad contractual, las situaciones que se hayan presentado antes de formarse la obligación cuyo incumplimiento, ellas sancionan (la conducta observada por las partes en la etapa precontractual)⁷⁴⁴. (ii) Respecto a la indemnización en materia precontractual, ha venido sosteniendo la procedencia únicamente del denominado interés negativo (las consecuencias dañinas, gastos, pérdidas de otros negocios, etc.), con la finalidad de restablecer la situación patrimonial negativa, por la confianza que tuvieron en el curso normal de la negociación. Esa indemnización, compensa los perjuicios de todo orden (materiales-morales), a causa del rompimiento

⁷⁴¹Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco; SC10103-2014; Ref: Exp. 11001 3103 036 2004 00037 01; cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014).

⁷⁴² Artículo 863. Buena Fe en el Periodo Precontractual. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

⁷⁴³ Corte Suprema de Justicia-; Sentencia de Casación de 12 de agosto de 2002, Exp. 6151.

⁷⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación, 11 de mayo de 1970. Gaceta No. 2326, 2327 y 2328.

del principio general de la buena fe; debe ser integral, es decir, comprensiva tanto del daño emergente, como del lucro cesante; precisando, que dicho resarcimiento no puede pretenderse bajo características idénticas, a las que originaría la indemnización, por el no cumplimiento de la prestación pretendida, si el contrato hubiese llegado a feliz término. Lo anterior significa, que no se indemniza el denominado interés positivo (el derecho que la parte perciba la prestación convenida en el contrato celebrado o, dado el caso, el resarcimiento de los perjuicios, derivados del incumplimiento o frustración de dicho convenio⁷⁴⁵.

2. Etapa o fase precontractual en el derecho público

1. El fenómeno de la personificación del Estado como entidad jurídica diferenciada a la que imputar las acciones dañosas de los agentes públicos es reciente: la cultura griega ignoraba la separación entre la organización colectiva y la sociedad y no llegó a la subjetivización de las *polis*; los romanos, aunque dibujaron en parte la idea de la persona jurídica, la circunscribieron al ámbito del Derecho Privado, y tampoco la experiencia jurídica medieval conoció una noción unitaria del Estado como centro jurídico de imputación de derechos y obligaciones⁷⁴⁶.

En la Edad Moderna, con la consolidación del poder de las Monarquías europeas y la superación del feudalismo, las teorías iusnaturalistas del contrato social, unidas al patrimonio corporativo romano, abrieron el camino hacia una abstracción del Estado como titular del poder soberano⁷⁴⁷. Aunque este poder no se diferenció netamente en el plano jurídico de los sujetos físicos que lo ejercían, se empezaba a vislumbrar una cierta separación entre la organización colectiva y los agentes que la integraban⁷⁴⁸. Pero esta separación no pudo permitir, como se sabe, la afirmación de una responsabilidad del Estado.

⁷⁴⁵ Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco; SC10103-2014; Ref: Exp. 11001 3103 036 2004 00037 01; cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014).

⁷⁴⁶ Giaquinto, A. *La responsabilità degli enti pubblici, vol. I, Teoría generale*, 2° ed., Edit. F. Cavotta, Santa Maria Capua Vetere, 1912, Pp. 145-156. Citado por Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Editorial. Thomson-Civitas. 2005. Pp. 41.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, Pp. 41.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, Pp. 41.

Con el absolutismo, la Corona, como entidad abstracta, nació de la voluntad de los individuos formalizada en un contrato social único y originario, pero estos individuos – súbditos- no podían exigirle responsabilidades porque, a cambio de paz y seguridad habían renunciado a sus propios derechos. El atributo fundamental del poder soberano era la *legibus soluta summa potestas*, esto es, la capacidad incondicionada de decisión sobre lo que es Derecho y lo que no es, la idea de que la Ley no vincula al soberano. Por eso en la Europa continental surgieron el "dogma" de la infalibilidad del Estado y el corolario de su irresponsabilidad como manifestaciones de la desvinculación del Rey al Derecho. Las teorías germánicas de los siglos XVII-XVIII⁷⁴⁹ y los postulados ideológicos de la Revolución Francesa⁷⁵⁰ prepararon el fenómeno de la subjetivización de las organizaciones públicas y el de la sujeción de éstas a reglas jurídicas, pero la fuerza del *principio monárquico* se proyectó sobre la nueva personalidad jurídica estatal, transfiriendo el privilegio de la irresponsabilidad de la figura monarca a la del Estado personificado. Por eso se consideraba que los daños que causara el Estado a los particulares debían sufrirse como un caso fortuito o una fuerza mayor⁷⁵¹.

Ahora bien, el fundamento matriz que amparaba la irresponsabilidad del Estado, el de que el Rey está por encima de la Ley, estaba decayendo. Además, superado el ecuador del siglo XIX, hubo una corriente favorable a la aplicación del Derecho civil a toda la actividad administrativa, o al menos, a los daños que ésta ocasiona. Era, pues, ausplicable una responsabilización de las Administraciones de los Estados europeos a través de la aplicación de las normas de los Códigos civiles, consideradas reglas comunes de aplicación universal⁷⁵². Sin embargo, nuevas teorías van a justificar la inmunidad del poder, a disfrazar con nuevos ropajes el tradicional principio *princeps a*

⁷⁴⁹ Mayer, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, I, trad. Texto francés (1903) H. H. Heredia y E. Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1943, Pp. 47-66.

⁷⁵⁰ García De Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder. Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. 2º ed., Civitas, Madrid, 1979, y *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 2º ed., Op, cit., pp. 140-151, 180-195.

⁷⁵¹ Así lo ha dicho Royo-Villanova, S, La responsabilidad de la Administración, parte I, "R. Ciencs. Socs." Núm. 58, 1933, Pp. 615.

⁷⁵² Sobre esta cuestión, véase Santa María Pastor, J. A., La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador, "RAP", núm. 68, mayo-agosto, 1972, pp. 57-69. El trabajo se refiere a la responsabilidad del Estado Legislador, pero, a modo de introducción, realiza un breve e interesante repaso de la "historia de la garantía patrimonial", esto es, del "proceso de reducción de inmunidades, de pugna constante y de signo variable por el sometimiento del poder al Derecho" (p. 62).

legibus solutus: el principio de la *impeccabilità* del soberano fue inmediatamente sustituido por otras teorías, igualmente favorables a la irresponsabilidad⁷⁵³.

En el modelo de 1865, el juez ordinario no podía anular los actos de la Administración, pero estaba facultado para condenar al resarcimiento del daño si la actuación era ilícita y dañosa⁷⁵⁴; tales condenas exigían la anulación previa de los actos ilegales, esto es que la eliminación de esas resoluciones era *condición sine qua non* de la declaración judicial de responsabilidad civil de la Administración⁷⁵⁵.

La combinación de la regla que imponía la anulación previa y la que impedía al juez administrativo condenar a la Administración al pago de indemnizaciones, complicó el *iter* procesal: (i) se debía acudir, en primer lugar, al juez administrativo y obtener la anulación del acto dañoso; (ii) dictada sentencia anulatoria, era necesario, en segundo lugar, demandar a la Administración ante el juez ordinario, confiando en que el proceso desembocara en una declaración de responsabilidad civil con condena al pago de la indemnización correspondiente; (iii) este camino, además de tortuoso, redujo las posibilidades del resarcimiento, pues la reparación del daño estaba subordinada al éxito de dos procedimientos jurisdiccionales diferenciados y sucesivos. Por otra parte, cuando la víctima recibía finalmente la tutela esperada, llegaba, por lo general, con retraso; el retraso derivado de la duplicación de la vía procesal con la que articular la pretensión indemnizatoria⁷⁵⁶.

Las especiales características del Estado, su particular índole y figura de sujeto público, impiden el surgimiento de una responsabilidad ordinaria de Derecho común, compuesta

⁷⁵³ Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Editorial. Thomson-Civitas. 2005. Pp. 47-48.

⁷⁵⁴ El primer apartado del artículo 4 de la Ley 2248/1865 señala que “*quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio*”; y el segundo, que “*l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguardi il caso*”. Sobre la interpretación que se dio a este artículo y los poderes del juez ordinario, además de las obras reseñadas, pueden consultarse, SCOCA, F. G., *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione* en AAVV, “Giustizia amministrativa” m Giappichelli, Torino, 2003, pp. 3-31; y TRAVI, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2000, pp. 31-50. Citado por Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Editorial. Thomson-Civitas. 2005. Pp. 54.

⁷⁵⁵ Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Op. cit., Pp. 55.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, Pp. 55.

de reglas de inspiración igualitaria e individualista. A partir de la premisa de la inaplicabilidad de las reglas civiles, se empieza a recurrir a otras vías autónomas para responsabilizar al Estado. En efecto, la imposibilidad lógica de una responsabilidad de Derecho privado del sujeto público podía superarse, bajo esta perspectiva, buscando extramuros del Código civil los fundamentos de la tutela resarcitoria del ciudadano⁷⁵⁷.

Se inicia así la construcción de un sistema resarcitorio de Derecho público que persigue erradicar los espacios de inmunidad del Estado, pero que iba más allá, implicaba una voluntad de extender la responsabilidad a actuaciones perfectamente legítimas, cuando imponen sacrificios especiales. En efecto, este sistema, en tanto que abstraído de la regulación civil, se independizaba del "mito de la culpa", pasando a fundamentar la resarcibilidad en la noción de daños legítimamente ocasionados⁷⁵⁸.

2. Como se dejó indicado: **(i)** una controversia interesante, fue la determinación de si los ciudadanos, tenían un interés legítimo, o unos derechos subjetivos frente al poder de la administración; esta situación cobra igualmente importancia, habida cuenta que desde la visión de la responsabilidad, no estaba consagrada la calificación de la antijuricidad del daño a efectos de la responsabilidad por culpa. El daño antijurídico fue entendido, como el producido por violación de normas, que atribuyen derechos subjetivos; lo que conllevaba a la exclusión de la responsabilidad en caso de lesión de intereses legítimos⁷⁵⁹. **(ii)** El cambio de paradigma sobre la filosofía y razón de ser de la institución de la responsabilidad, en el sentido de dejar de ser un mecanismo de punición al agresor, de definir que la función de este instituto no es sancionadora, sino una medida de compensación económica de la víctima, ha permitido igualmente zanjar la discusión sobre derechos subjetivos e intereses legítimos a efectos de la responsabilidad. **(iii)** En este orden de ideas, se empieza a diferenciar el concepto de daño injusto o daño antijurídico, como una figura autónoma, de la lesión de un interés jurídicamente relevante; la antijuridicidad es un atributo que se predica del daño (no de la conducta) y por consiguiente, hace resarcibles todos los perjuicios "injustificados", es decir, todos los que no tienen que soportar la víctima. La antijuridicidad no se conecta con el

⁷⁵⁷ *Ibidem*, Pp. 57.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, Pp. 58

⁷⁵⁹ *Ibidem*, Pp.84.

comportamiento o hecho ilícito, sino con los efectos perjudiciales que éste provoca en la esfera patrimonial de la víctima; (iv) consecuentemente, el sistema se dirige, no a sancionar una conducta ilícita, sino simplemente a reparar la lesión injustificadamente sufrida por la víctima, convirtiendo el daño en figura autónoma, no referida a derechos o intereses objeto de específica atribución normativa⁷⁶⁰.

3. La etapa o fase precontractual relacionada con el “*contrato estatal*”, tal y como quedó indicado se materializa dentro de las reglas de un determinado procedimiento administrativo, y culmina con un acto administrativo (acto de adjudicación).

Obsérvese entonces, que si bien, se trata de una etapa anterior a la celebración y perfeccionamiento del contrato estatal, no puede desconocerse que existe una decisión administrativa de naturaleza unilateral⁷⁶¹. Lo que se quiere significar, tal y como ha sido la controversia en materia de derecho privado (frente a la existencia de actos de voluntad unilateral, previos al contrato), es que no se dan los supuestos característicos de la responsabilidad extracontractual, es decir, que la obligación violada es impuesta directamente por la Ley, sin intervención de la voluntad de los individuos⁷⁶², pero tampoco como es natural, se puede hablar de una responsabilidad contractual (ante la inexistencia del contrato).

Recientemente la jurisprudencia puntualizó, que la causa del daño antijurídico, se puede dar por: “*i) la libertad negocial descrito por el artículo 333⁷⁶³ de la Constitución Política, y, ii) el del respeto al orden jurídico legal y la buena administración, descrito por el artículo*

⁷⁶⁰ *Ibidem*, Pp. 101-102.

⁷⁶¹ El acto administrativo unilateral, es el que emana de una sola voluntad, sea ésta unipersonal o compuesta. Por tanto, los actos administrativos simples o compuestos, son siempre actos unilaterales. Cfr. Gordillo, Agustín Novena Edición 2007 *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo III, Acto Administrativo, edición Macchi, Buenos Aires, Argentina y Enterría Eduardo García, Fernández - Tomás Ramón, Un Décima edición 2002 “Curso de Derecho administrativo 1”, Civitas edición, Madrid, España.

⁷⁶² Por esa razón, algunos sostienen, que ese tipo de responsabilidad, se aproxima a la responsabilidad contractual entre las partes; la única diferencia radica, en el hecho de que en un caso, la voluntad será vinculante por la sola manifestación unilateral del individuo, mientras que en el otro, se requerirá también el consentimiento de la contraparte.

⁷⁶³ Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

40 de la Ley 80 de 1993⁷⁶⁴. En los dos se exige a la administración y a los particulares que pretenden contratar con ella, un comportamiento leal que denote buena fe objetiva⁷⁶⁵.

La jurisprudencia igualmente ha señalado, que en materia de responsabilidad precontractual del Estado, no es de recibo tener en cuenta en su totalidad las normas civiles y comerciales por la solemnidad que requiere el perfeccionamiento del negocio jurídico⁷⁶⁶. Igualmente se plantea una diferenciación entre la responsabilidad precontractual guiada por el derecho privado, y la estatal; por cuanto esta última, tiene como fundamento, la normativa constitucional (artículo 90), que regula todo el tema de la responsabilidad estatal y en materia de la actividad contractual, comprende desde el momento en que se va a seleccionar con quién contratar (procedimiento administrativo precontractual), hasta las normas específicas de liquidación de los contratos⁷⁶⁷.

De igual manera, el estatuto de contratación estatal en el artículo 26⁷⁶⁸, consagra el principio de responsabilidad; en virtud de este principio, entre otras, el legislador

⁷⁶⁴ Artículo 40º.- *Del Contenido del Contrato Estatal.* Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

⁷⁶⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 54001-23-31-000-2006-01194-01(38936)

⁷⁶⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; siete (7) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: 23001-23-31-000-1995-7068-01(13405).

⁷⁶⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 54001-23-31-000-2006-01194-01(38936)

⁷⁶⁸ "Artículo 26º.- *Del Principio de Responsabilidad.* En virtud de este principio: 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos. (La expresión "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007). 4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. 5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de

estableció la responsabilidad de los servidores públicos, de las entidad licitatorias y de los oferentes durante el proceso administrativo de selección de proponentes, es decir, se reguló, la responsabilidad precontractual de los sujetos que hacen parte de un procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato estatal.

En efecto el numeral 2 y 3 de la norma anteriormente enunciada hace referencia a la responsabilidad de los servidores públicos y de las entidades licitatorias, preceptuándose que responden los servidores públicos por sus actuaciones y omisiones antijurídicas; Igualmente responden las entidades licitatorias cuando inician un procedimiento de contratación desconociendo el principio de planeación contractual (numeral 12 del artículo 25 *Ibidem*) o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de la entidad licitatoria.

Por su parte, los oferentes responden precontractual en los casos previstos en los numerales 6⁷⁶⁹ y 7⁷⁷⁰ del artículo 26 de la ley 80 de 1993, es decir, cuando formulen propuestas económicas y de contratación artificialmente bajas con la finalidad de obtener la adjudicación del contrato; y por ocultar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por suministrar información falsa durante el procedimiento administrativo de contratación.

El tema de la responsabilidad originada con anterioridad a la celebración del contrato estatal, ha venido siendo de naturaleza pacífica, en el sentido que nuestra línea jurisprudencial, se puede concretar en el sentido de: (i) aceptar la responsabilidad en esta etapa; (ii) otorgarle la naturaleza jurídica de responsabilidad precontractual, a pesar de la existencia de un procedimiento administrativo y de actos administrativos definitivos;

selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma. 6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. 7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. 8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

⁷⁶⁹ *Ibidem* 6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato

⁷⁷⁰ *Ibidem* 7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

(iii) aceptar que una vez adjudicado el contrato al proponente ganador, existe una seguridad jurídica, que el contrato se va suscribir, perfeccionar y ejecutar; la única eventualidad planteada por el legislador, que impide la celebración del contrato es la señalada en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007⁷⁷¹(Inhabilidad sobreviniente- expedición por medios ilegales), con una particularidad especial, referida a que una vez revocado el acto administrativo de adjudicación, el contrato se adjudica al proponente ubicado en segundo lugar de elegibilidad -inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁷⁷²; (iv) consagrar, como mecanismos procesales para la declaración y condena de la indicada responsabilidad precontractual, no la acción contencioso administrativa mediante el medio de control de reparación directa, sino mediante los medios de control de nulidad simple (control objetivo de legalidad) y nulidad y restablecimiento del derecho (control subjetivo de legalidad); es decir, medios de control contra actos administrativos y no contra, omisiones, hechos, operaciones administrativas o cualquier otra causa imputable a una entidad pública.

Lo anterior significa, que en el contrato estatal, la responsabilidad precontractual tiene reducido su ámbito de aplicación, dada la existencia de actos administrativos definitivos, que pueden culminar el procedimiento de selección –entre otras podemos enunciar -a título de ejemplo- el que declara desierta la licitación, el acto de adjudicación, el acto que revoca la adjudicación, el acto que termina anormalmente el procedimiento, etc-.

Bajo ese planteamiento, la responsabilidad precontractual, queda reducida a aquellos eventos en los cuales no existe un acto administrativo de por medio, como por ejemplo, cuando después de expedido el acto de adjudicación, la entidad estatal o el proponente seleccionado, se rehúsan a celebrar el contrato estatal.

⁷⁷¹Artículo 9°. *De la adjudicación.* En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia[...]

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

⁷⁷² Artículo 30°.- *De la Estructura de los Procedimientos de Selección.* La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:[...]

12.[...]En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

3. De la indemnización de perjuicios ocasionados en la etapa precontractual desde una perspectiva público – privada: la utilidad dejada de percibir

Cuando las irregularidades o ilegalidades protegidas por el ordenamiento jurídico se presentan en la etapa precontractual, la doctrina ha venido discutiendo que tipo de indemnización es jurídicamente válida reclamar en esta etapa de la actividad contractual; lo anterior habida cuenta que se sostiene, que la utilidad⁷⁷³ es propia de la ejecución del negocio jurídico⁷⁷⁴, y es un derecho que le corresponde al contratista por la prestación de determinado servicio (interés positivo); mientras que en la etapa precontractual (al no existir el contrato, cuya ejecución determina la utilidad) se ha entendido, que solo pueden reconocerse los perjuicios ocasionados por el desconocimiento del principio de la buena fe contractual, y legalidad (interés negativo).

3.1. La jurisdicción ordinaria y la indemnización de perjuicios

Nuestra Corte Suprema de Justicia, ha planteado respecto a ésta temática lo siguiente: (i) en la etapa precontractual, por regla general, se causan perjuicios a título de daño emergente (relacionados con los gastos en los cuales se incurrió); (ii) igualmente ha aceptado, un perjuicio a título de lucro cesante especial (el que deviene exclusivamente de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte); que es diferente, al lucro cesante, que se causa por el incumplimiento de la propia relación jurídico comercial, porque precisamente éste hace parte del interés positivo; bajo ese postulado, se puede solicitar el perjuicio cierto, *como “[...]la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso que le habría reportado ventaja [...]”*⁷⁷⁵

⁷⁷³ El término de utilidad viene a ser como sinónimo de beneficio económico, el cual se refiere a la diferencia entre ingresos y costes derivados de una determinada actividad económica; en ese sentido, la literatura especializada⁷⁷³ explica que al entrar en operaciones o actividades económicas, los agentes (personas, empresas o incluso naciones) asumen que para obtener ganancias deberán afrontar importantes costes o gastos relativos de producción y distribución característicos de dicha actividad, de manera que la existencia de un beneficio o no dependerá de que los ingresos obtenidos sean mayores a dichos costes. De igual forma, se advierte que el beneficio es una renta residual e incierta.

⁷⁷⁴ Cfr. Galgano Francesco. El negocio Jurídico. Tirant lo Lanch, Valencia, 1992; Betti Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Comares. 2000.

⁷⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández. Sentencia de 23 de noviembre de 1989. Gaceta Judicial 2435.

Así, en el derecho privado se acepta como perjuicios de la etapa precontractual, el daño emergente relacionado con los gastos generados para la celebración del futuro negocio jurídico, y las propuestas perdidas⁷⁷⁶. Dentro de esta categoría la doctrina también acepta la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio, pero en este evento debe existir en el patrimonio del lesionado la oportunidad real y cierta de un resultado o ventaja patrimonial, para que la pérdida de oportunidad sea considerada como un perjuicio⁷⁷⁷.

3.2. De la utilidad como perjuicio ante el H. Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, ha tenido como fundamento de la indemnización de perjuicios, en la etapa precontractual, el concepto de pérdida de oportunidad, materializada en la utilidad esperada por el proponente con derecho a la adjudicación del contrato.

La pérdida de oportunidad tuvo sus orígenes en la jurisprudencia francesa de finales del Siglo XIX, al surgir en supuestos de responsabilidad por incumplimiento contractual y, a través de ella, se quiso indemnizar a quien perdía una oportunidad de victoria en un proceso, concurso o certamen por culpa de un deudor incumplido.

La pérdida de la oportunidad, ha sido aplicada en aquellas hipótesis de incertidumbre causal, en las cuales si bien no hay prueba del nexo, tampoco puede descartarse con toda certeza que el agente ocasionó el menoscabo, y se han planteado hipótesis en las

⁷⁷⁶ Alberto Sagna, // *Risarcimento del Danno*, cit., p. 116. El daño emergente comprende. " 1). Los costos de sostenimiento del desarrollo de las tratativas (viajes, redacción de proyectos etc.); 2). Los gastos realizados para la estipulación del contrato (asistencia legal, gastos de escritura, impuestos etc.); 3). Gastos realizados para el cumplimiento de la prestación (adquisición de equipos, arrendamiento de local, etc.), deduciendo lo que se pueda recuperar con el arrendamiento o venta. En realidad, el tiempo puede jugar un rol determinante, si se valora el tiempo perdido y sustraído de una actividad laboral, pero con una específica relación de causalidad (...); la pérdida de oportunidad y demás daños que sea posible probar". Trad. libre. Citado en: MENDIETA Jaime; *La Culpa In contrahendo* Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión; REVISTA@ e - *Mercatoria* Volumen 10, Número 2 (julio - diciembre 2011) pp.45. Online en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3048/2697>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 1989, cit. "(...) reunidos por una relación causal adecuada el hecho definido como generador de responsabilidad, entendiéndose por el primero de aquellos conceptos -daño emergente- el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones (...)"

⁷⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2006, Exp. 1998-10363-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo (...) "*El lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectivas por haberse (...) dejado de efectuar otras negociaciones*". En sentido similar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de junio de 1990, M.P. Pedro Lafont Pianeta. Una sentencia de la Corte Casación italiana de 1998, que no representa la posición general de esta corporación, afirmó que la pérdida de oportunidad (...) *constituye una hipótesis de daño patrimonial futuro(...)*, que forma parte del lucro cesante, por no ser éste una entidad patrimonial autónoma, sino tan solo una ventaja febrero de 1998 n. 1286 nº 6906, trad. Libre.

que opera esta teoría, que van desde la oportunidad de victoria en juegos de azar, en competiciones deportivas, en procesos jurisdiccionales, procedimientos administrativos y concursos privados, hasta la oportunidad de curación y la oportunidad de sobrevivencia.

Así mismo, se ha distinguido entre i) la pérdida de oportunidad de adquirir una ventaja, cuando el menoscabo consiste en la imposibilidad de la obtención de un incremento patrimonial o ganancia; y ii) la pérdida de oportunidad de evitar un daño, es decir, de sustraerse a un detrimento patrimonial o a una pérdida de un bien del que previamente se disponía –la salud o la vida- y que resulta inevitable, lo que ha permitido que la teoría sea aplicable en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

Mediante la aplicación de la pérdida de oportunidad, se pretende garantizar a la víctima la indemnización de los perjuicios provenientes de la desaparición de una determinada ventaja, cuando el grado de probabilidad de que se hubiera obtenido, de no haber mediado el hecho ilícito: i) en primer lugar, no logra ser tan alto como para brindar certeza sobre la causalidad del daño, puesto que surgiría el derecho a obtener la indemnización integral de los perjuicios; ii), ni es insignificante, puesto que no habría lugar a reconocimiento alguno; (iii) sino que se encuentra en un punto intermedio, en cuyo caso, la indemnización no podrá corresponder al 100% de la ventaja perdida⁷⁷⁸.

En una primera etapa⁷⁷⁹, en el Consejo de Estado, se debatían diferentes tesis: (i) la corriente de indemnizar en forma plena, tanto el lucro cesante, como el daño emergente; de igual manera, los criterios a efectos de diferenciar o no, la denominada “*indemnización*

⁷⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio de 2009. Radicación No. 25000-23-26-000-1998-02370-01(20525). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷⁷⁹ Esta posición jurisprudencial se encuentra en: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 9 de 1988. Expedientes acumulados 3528, 3529 y 3544. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. “[...] es clar[*o*] en sostener[*se*], con evidentes razones de equidad, que cuando el licitante vencido no sólo ataca el acto de adjudicación por vicios del proceso licitatorio y los demuestra sino que, además afirma y prueba que su propuesta era la mejor para obtener, también, por razones de fondo o de sustancia, la nulidad del acto de adjudicación, tiene pleno derecho a demandar y obtener a título de restablecimiento del derecho, la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que hubiera obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato o, cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad.[...]”

“no [es] solo jurídico y legal sino altamente equitativo y moralizador, pues si de todas maneras se limitara la pretensión indemnizatoria del licitante vencido al daño emergente (gastos hechos para licitar) no obstante que probara no sólo los vicios de procedimiento sino su mejor derecho a la adjudicación, se le daría un duro golpe a la legalidad del proceso licitatorio, se acabaría con el freno a la arbitrariedad de la administración, a la corrupción en la contratación administrativa y a toda la moral de la actuación contractual del Estado, pues los solos gastos hechos en la licitación ni serían aliciente suficiente para que el licitante vencido enfrentara un costoso pleito ni alcanzarían para sufragar siquiera las agencias en derecho en tales juicios [...]” Retirado en: Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta; Julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990); Radicación número: 5860

por la *indebida adjudicación*" y la denominada "*pérdida de la oportunidad*", la cual se configuraba en aquellos casos en los que un proponente dentro de un proceso de selección era irregularmente descalificado y no se evaluaba su oferta, privándolo de la oportunidad de que su propuesta, globalmente más favorable, fuera considerada; supuesto en el cual, el daño estaba constituido, no por las utilidades que dejó de percibir el afectado, las cuales no se sabía a ciencia cierta si se iban a producir o no, sino por haberle impedido al menos intentar su obtención, al privarlo de la posibilidad de adjudicación y ejecución del respectivo contrato. Evento en donde la indemnización que se concedía no era equivalente al 100% de la utilidad esperada sino a un porcentaje inferior, que se definía acudiendo a la valoración en equidad⁷⁸⁰; (ii) igualmente coexistía una corriente que consideraba que la no adjudicación del contrato, a pesar de haber presentado la mejor propuesta, significaba privar ilegal e injustamente la posibilidad de ejecutar el objeto del contrato y por ende de percibir las utilidades razonablemente esperadas, situaciones por las cuales debía ser indemnizado a título de lucro cesante, con el valor que hubiese percibido por utilidad, de haber celebrado el contrato (tomando el 100% de la utilidad neta)⁷⁸¹; o en su defecto, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad de la oferta.

En la segunda etapa⁷⁸², la Sección Tercera modificó el criterio anterior y señaló: (i) la no adjudicación del contrato al proponente que tenía la mejor propuesta determinaba una indemnización equivalente al 50% de las utilidades que dejó de percibir y no del 100%; consideró que debía aplicarse el principio de valoración en equidad para determinar el *quantum del daño*, con fundamento en que tal principio opera en ausencia de la prueba del daño; y como no era seguro que el proponente obtuviera toda la utilidad proyectada y que como el sujeto privado de la adjudicación no arriesgó su patrimonio en la ejecución de un contrato que no se celebró, no era acreedor de la totalidad de la ganancia

⁷⁸⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de mayo de 1998. Exp. No. 10539. M.P. Ricardo Hoyos Duque; Posición que ya había sido adoptada en la sentencia del 9 de abril de 1988. Exp. Acumulados 3528, 3529 y 3544. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁷⁸¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de mayo de 1998; Exp. 10539. M.P. Ricardo Hoyos Duque. En la citada sentencia, se tomó el 100% del valor correspondiente a la utilidad neta, que se dedujo de restar al valor unitario de cada material el costo unitario del mismo. También se condenó al pago del interés compensatorio a una tasa anual de 6%, sobre el valor histórico durante el mismo período.

⁷⁸² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de abril de 1999. Expediente 11344. M.P. Daniel Suarez Hernández. Reiterada, entre otras, en sentencia del 18 de mayo de 2000. Exp. 11.725. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

esperada. Además, (ii) se ordenó el pago de un interés moratorio equivalente al 12% anual respecto del valor histórico actualizado.

En una tercera etapa retomó la posición inicial, al considerar que el hecho de que se prive de manera injusta a un proponente de la posibilidad de celebrar y ejecutar el contrato estatal da lugar a que se reconozca el cien por ciento (100%) de la utilidad esperada de la propuesta básica inicial, teniendo en cuenta: (i) en esta clase de hipótesis no se parte de la pérdida de una oportunidad (en términos de la existencia de una alta probabilidad), sino que se está frente a una lesión antijurídica de un derecho personal, cierto y determinado, en cabeza del proponente al que se le priva de celebrar y ejecutar el negocio jurídico con la entidad pública respectiva; (ii) la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior⁷⁸³.

⁷⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-0965-01(13792). M.P. María Elena Giraldo Gómez. "(...) Sin embargo ahora la Sala considera que, dada la naturaleza del perjuicio futuro y cierto, en las más de las veces el quantum (sic) del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene por lo general LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS EN QUE INCURRIRÁ EL OFERTANTE de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cual sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo.

"Lo anterior también permite afirmar que si un proponente superó todas las pruebas y evaluaciones propias del proceso de selección del contratista, obtuvo el mejor puntaje y se hizo merecedor a la adjudicación del contrato, no hay razón para deducir que no habría de celebrar o ejecutar el contrato en las condiciones previstas en el pliego y en la licitación. Tampoco cabe afirmar que es imposible cuantificar el perjuicio, toda vez que la evaluación de la legalidad del acto de adjudicación sólo se logra mediante la comparación entre las propuestas presentadas al proceso licitatorio y el pliego de condiciones aportadas al correspondiente proceso judicial y es, precisamente, mediante el estudio de la propuesta del demandante que se deduce, por lo general, el valor de las utilidades que proyectó. Se tiene así que la celebración, la ejecución del contrato y la obtención de la utilidad esperada son derechos ciertos del proponente que hizo la mejor propuesta, los cuales se frustraron por un proceder ilegal y por tanto ilegítimo de la Administración: la no adjudicación del contrato al mejor proponente.

"El monto exacto de la utilidad esperada podrá determinarse dejando de lado los valores correspondientes a los costos directos e indirectos en que habría de incurrir el contratista para ejecutar el objeto contratado, toda vez que, como bien se afirmó en la sentencia N° 11344, no es dable reconocer al proponente privado ilegal e injustamente de la adjudicación de valores o costos relativos a inversiones o gastos que no realizó, precisamente por la imposibilidad de celebrar y ejecutar el contrato.

"Cuando se dispone una indemnización correspondiente al 100% de la utilidad esperada no se están reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista, simplemente se está reconociendo el valor neto de la utilidad que habría obtenido el proponente de mejor derecho de haber sido favorecido con la adjudicación del contrato y de haberlo celebrado y ejecutado. (...)" Definido como está que el sujeto al que se priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que el cálculo del valor de la indemnización incorpore, en este caso, el ciento por ciento (100%) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50%) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al decreto ley 222 de 1983"

Posteriormente, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁸⁴ precisó que cuando el demandante pretenda la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, le corresponde cumplir una doble carga procesal: (i) de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y (ii) probar que su propuesta se ajustaba a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, que era la mejor en sus aspectos técnicos y financieros y que era la más conveniente para el interés público; (iii) en cuanto a los costos⁷⁸⁵ generados por la presentación de la propuesta, precisó que no había lugar a su indemnización, por cuanto dichas erogaciones hacen parte del riesgo que asume todo proponente por participar en la licitación, independientemente de que le sea o no adjudicada, de lo contrario, todos los proponentes vencidos tendrían derecho a hacer la misma solicitud⁷⁸⁶.

Ahora bien, cuando no existan elementos probatorios para establecer con certeza el porcentaje que habría de corresponder a la utilidad esperada, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha acudido a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que se debe, siguiendo los lineamientos trazados por dicha Corporación en oportunidades anteriores, donde se ha considerado que sobre el valor de la propuesta se debe calcular el 5% por concepto de la utilidad esperada, por ser el

⁷⁸⁴ Entre otras, sentencias de la Sección Tercera de 4 de junio de 2008, Exp. 14169 y 17783, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; de 26 de abril de 2006, Exp. 16041 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Expediente: 16041. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Indica la providencia: "(...) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de el pliego de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (...) (...) pese al evento de aplicar los criterios y adicionar los puntos en la calificación del proceso de selección con la perspectiva que define el demandante, ello no comporta que ascienda al primer lugar en el orden de elegibilidad y mérito y, por ende, que resulte ser la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia. En suma, el demandante no acreditó que su propuesta fuese la más favorable para la administración."

⁷⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de agosto de 2013. Radicación No. 25000-23-26-000-1995-11578-01(24900). C.P. Hernán Andrade Rincón. Retirada en: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00692-02(49025). El H. Consejo de Estado reiteró: que los gastos de la elaboración y presentación de la propuesta, no eran factores indemnizables ni de reconocimiento al proponente que resulte vencido en un proceso administrativo de selección, como quiera que se tratan de los costos de oportunidad en los que se tiene que incurrir para participar en el proceso de selección, gastos que, advirtió, debe asumir todo aquel que se presente al proceso de selección y que, no obstante no resultar elegido, no le son reembolsables, dado que no tiene el carácter de perjuicio indemnizable. Adicionalmente, ratificó que el monto de las utilidades que habría recibido la sociedad en caso de habersele adjudicado el contrato, se limita exclusivamente a la utilidad que esperaba el demandante recibir de haber sido el adjudicatario del contrato y no a los demás conceptos que conforman el A.I.U. del valor total de la oferta, tales como los gastos de administración y los imprevisos, en tanto que dichos costos no hacen parte de la ganancia o utilidad que por sus servicios percibe el contratista.

porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado⁷⁸⁷.

Se puede concluir respecto a la indemnización en la etapa precontractual lo siguiente: (i) en materia de la actividad contractual estatal, si bien inicialmente se planteó diferencias entre los conceptos de “indemnización por indebida adjudicación” y “*pérdida de oportunidad*”, la línea jurisprudencial ha sido uniforme en el sentido de aceptar, como perjuicio indemnizable en esta etapa precontractual, el concepto de “*utilidad*” del negocio jurídico, a título de pérdida de oportunidad. (ii) De igual manera, a pesar de que inicialmente se aceptó la indemnización por daño emergente (gastos o costos relacionados con el procedimiento licitatorio), existe uniformidad en lo que respecta a no aceptar como perjuicio indemnizable lo relacionado con los costos generados con la presentación de la propuesta, bajo el criterio, que hacen parte del riesgo que asume todo proponente por participar en la licitación, independientemente que le sea o no adjudicada. (iii) Desde una visión probatoria de la utilidad, se ha venido aceptando por regla general, que el demandante debe asumir esa carga procesal probatoria (la utilidad no se presume); de igual manera, se ha venido aceptando el cumplimiento de esa carga procesal probatoria, con base en lo afirmado por el propio oferente o proponente en el respectivo pliego de condiciones; y en los eventos en que no exista esa utilidad dentro de los pliegos, se ha acudido a lo que se demuestre dentro del proceso, pero igualmente, a los principios de equidad, reglas de experiencia, para sostener, que la utilidad corresponde a un 5%. Las discusiones entonces a nivel de la jurisdicción contencioso administrativa en esta materia, se han concretado en el alcance porcentual del concepto de “*utilidad*” a efectos de la indemnización (100% - 50% - 5%). En estricto sentido, se trata de una carga procesal probatoria, formal y no técnica. (iv) Es importante resaltar, que la prosperidad de la pretensión relacionada con este medio de control de nulidad y

⁷⁸⁷ “Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad. Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales”. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Bogotá, doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación 25000232600020020160601 29.855.

restablecimiento del derecho, interpuesto contra el acto de adjudicación, depende del cumplimiento de dos cargas procesales: - la demostración de la causal de nulidad alegada, pero de igual manera, la demostración de tratarse de la mejor propuesta. (v) De igual manera se han establecido tres requisitos concurrentes a efector de entender configurada la pérdida de oportunidad, como daño indemnizable en un caso concreto, así: a) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo -pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual-, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes; b) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, es decir, que la probabilidad de obtener la ventaja se haya convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización; lo anterior, por cuanto si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "*chance*" aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar. Tal circunstancia es la que permite diferenciar la "*pérdida de oportunidad*", del "*lucro cesante*" como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de ganancia probable, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta; c) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. d) En relación con la reparación de la pérdida de la oportunidad, advirtió que lo indicado no puede ser el reconocimiento del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido, razón por la cual, el monto de la indemnización habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.

Las anteriores consideraciones relacionadas con la responsabilidad precontractual y la indemnización correspondiente a esta etapa, tanto desde la visión del derecho privado (Jurisdicción Ordinaria), como el derecho público (Jurisdicción Contencioso Administrativa), se considera importante resaltar lo siguiente: (i) no existe discusión alguna, que en ambas jurisdicciones, relacionadas con la actividad precontractual (contrato de derecho privado - contrato de derecho público), se acepta “*responsabilidad*” e “*indemnización*”. (ii) Se hace necesario resaltar que la responsabilidad precontractual, cuando su fuente es diferente a la existencia de un acto administrativo y concretamente, al acto de adjudicación, la causa en ambas jurisdicciones, se fundamenta en el principio de la buena fé⁷⁸⁸; (iv) por el contrario, se presentan diferencias cuando se trata de la existencia de un procedimiento administrativo precontractual, que culmina con el acto administrativo de adjudicación (objeto de esta investigación), habida cuenta que dicha responsabilidad depende, no de temas relacionados con la “*culpa*” o “*dolo*”, en el principio de la buena fe, estrictamente, sino, en la demostración de causales de nulidad del respectivo acto administrativo de adjudicación (falsa motivación, desviación de poder, etc.); (v) desde el punto de vista de la indemnización, puede sostenerse corrientes diferentes en esta materia; la Jurisdicción Ordinaria, acepta el “*daño emergente*” – y solamente el interés negativo; por el contrario la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha argumentado en contra de reconocer el daño emergente, pero sí, acepta un interés positivo (la utilidad esperada en el evento de haberse celebrado y ejecutado el contrato).

Si bien, existen marcadas diferencias de carácter interpretativo frente a unos mismos supuestos fácticos y jurídicos relacionados con la denominada responsabilidad precontractual, entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa; lo que quiere resaltarse más que esas diferencias, que aún pueden ser válidas bajo la teoría que se acepte, es, si puede hablarse de una responsabilidad precontractual en la contratación estatal, por el simple hecho de que se causa antes de la celebración formal

⁷⁸⁸ Ver. Artículo 83 y 90 Constitucional; artículo 1603 del Código Civil; Artículo 871 del Código de Comercio; artículo 23 y 50 de la Ley 80 de 1993. Igualmente sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Expediente 22043. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Corte Constitucional. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de junio de 1958. En el mismo sentido, se ha referido la Sección Tercera del Consejo de Estado: Sentencia de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165; Sentencia de 6 de mayo de 1992, Exp. 6661; entre otras.

o solemne de la celebración del contrato estatal, desconociendo el procedimiento administrativo, y específicamente el acto administrativo de adjudicación?

4. El Procedimiento Administrativo precontractual como fuente o Causa de Responsabilidad Patrimonial

La idea de un procedimiento aplicable a la actividad administrativa (en especial a la formación del acto administrativo), es reciente en el orden jurídico; prácticamente se relaciona con la evolución del Estado de derecho, que tiene como punto de partida el Código austriaco de los procedimientos administrativos de 1925 y no propiamente la conceptualización clásica francesa en relación con el concepto de acto administrativo de contenido individual⁷⁸⁹.

Con anterioridad a 1925, incluso ya en marcha el Estado constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al procedimiento administrativo como presupuesto inevitable del acto administrativo de contenido individual⁷⁹⁰, en cuanto pugna con las concepciones clásicas del ejercicio de la función administrativa. La administración se ubica en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se

⁷⁸⁹ Heinz Schaeffer "El procedimiento administrativo en Austria. Origen, desarrollo, situación actual y efectos expansivos en la codificación austriaca de 1925", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, Madrid, 2005, 99. 423 a 424"... Austria en 1925, tras muchos años de trabajos preliminares y con aprovechamiento de cincuenta años de jurisprudencia continuada del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior, efectuó una codificación de su Derecho procedimental administrativo, que marcaría en Europa nuevas perspectivas en lo que se refiere a las acciones judiciales. Esta codificación ha sido, sobre todo, una vía para su claridad, concisión y caracterización interna, y posteriormente también se ha convertido en modelo para diferentes países. Ello tenía en 1925 el sentido, y también el efecto práctico, de una unificación y simplificación radical del proceso administrativo, es decir, también en aquel tiempo se procedía bajo la regla de reducir la proliferación normativa, lo que llevaría a un estatuto jurídico transparente y consolidado de cada uno de los procedimientos. Asimismo, cada cuestión jurídica concerniente a las partes quedaba sujeta a una verificación de control y a una garantía legal a través de la Jurisdicción contenciosa administrativa..."

⁷⁹⁰ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Op, cit. Pp. 223 y 224. Los procedimientos administrativos corresponden a una evolución posterior y tardía del concepto de acto administrativo de contenido unilateral, de conformidad con la caracterización que del mismo se hizo en el incipiente Derecho administrativo derivado de las elaboraciones conceptuales de los primeros años de la Revolución Francesa. Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el Derecho francés, al cual se le atribuye del origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. En su formación se observa, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la Ley, limitativa del poder absoluto. Esta calificación fue, paradójicamente, utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente – en Francia- a órganos de la misma administración y con posterioridad la justicia especializada de lo contencioso administrativo. Aparece, en consecuencia, como un criterio de delimitación negativa de competencia de los tribunales ordinarios en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esta justicia. Con estos razonamientos, la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder por parte de los revolucionarios.

caracterizaban por la unilateralidad en su formación, ausencia de controversia, replica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones⁷⁹¹.

A partir de los aportes del positivismo y principalmente de la legislación austriaca referenciada⁷⁹², el viejo concepto de acto administrativo individual o concreto, cambia de sentido y posición dentro de la dogmática del Derecho administrativo: (i) pasa de ser la decisión inicial de toda actuación, o punto impulsor de cualquier actuación y operación de las autoridades administrativas, (ii) a constituirse en el producto final de un procedimiento debido y adecuado a la ley, plenamente garantístico, en donde, previo debate y participación de los posibles destinatarios del accionar administrativa⁷⁹³, se adopta una decisión creadora, modificadora, transformadora en alguna forma del ordenamiento jurídico específicamente aplicable al interesado, o, como el moderno constitucionalismo lo acepta, también al conjunto de interesados o colectividad en general, cuando pueda ser objeto de una decisión administrativa que aborde de alguna manera sus derechos subjetivos, al igual que los colectivos⁷⁹⁴.

No se puede perder de vista, dentro de una concepción moderna de la institución, es decir, la vinculada a un Estado constitucional o social de derecho, que el acto administrativo no puede seguir entendiéndose como una creación espontánea y aislada,

⁷⁹¹ García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución inglesa*, Op, cit. Pp. 182, destaca cómo la administración pública, desde el mismo momento de su seguimiento, adquirió una preponderancia inusitada, producto, entre otras cosas, de su auge durante los últimos años del absolutismo y de la idea de los revolucionarios franceses de imponerse y consolidar el proceso histórico iniciado "... como consecuencia de la revolución, la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevo a una posición más fuerte que la que caracterizo a la administración del príncipe absoluto..."

⁷⁹² Nieto Alejandro. "El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas", RAP, N. °32, mayo-agosto 1960, Madrid, Pp. 76. Austria fue el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos a través de la Ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales, fruto de las influencias jurídico positivistas kelsenianas.

⁷⁹³ Merkl Adolfo. *Teoría general del Derecho Administrativo*, Op, cit, Pp. 284.

⁷⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 8 de junio del 2004, M.P.: Rodrigo Uprymny Yepes ... "Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos bienes indivisibles. O supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Estos derechos e intereses colectivos se asemejan entonces, *mutatis mutandi*, al concepto de "bien público", que ha sido profusamente estudiado y debatido en la literatura económica, en la medida en que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo "ausencia de rivalidad en el consumo), y, por ende, el goce de ese bien por otras personas no disminuye su disponibilidad. Y de otro lado, esos bienes se caracterizan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o no es razonable potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o el interés colectivo se encuentran en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por este deterior..."

simple resultado del ejercicio arbitrario o prepotente de la fuerza, o de sus atribuciones, por parte de los órganos administrativos, sino, por el contrario, como producto de un poder público aconductado y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos⁷⁹⁵.

De esta manera se acepta, para el Derecho Administrativo, en especial para la actividad de las autoridades que ejerzan funciones administrativas, la necesidad de incorporar, para el cabal cumplimiento de los preceptos, principios y valores del ordenamiento jurídico, un elemento adicional, que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no puede ser extraña para el eficaz encauzamiento y organización de la actividad administrativa como instrumento garante del Estado social de derecho para los asociados⁷⁹⁶.

Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos encauzan la actividad pública a través de reglas y principios que buscan en esencia otorgar garantías a los asociados, tal como lo hemos reiterado, pero también imprimir eficacia a las actuaciones públicas. Resulta, por lo tanto, indispensable que se adopten procedimientos que faciliten los medios para el efectivo ejercicio de las normas sustanciales. De aquí que el procedimiento administrativo resulte ser la herramienta más idónea para reasegurar la ausencia de arbitrariedad en el obrar de la administración⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, *Procedimientos administrativos y tecnología*, Universidad Externado de Colombia, 2011.Pp.24.

⁷⁹⁶ Brewer-Carías Allan R. *El Derecho Administrativo y la Ley organiza de procedimientos administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, n. °16, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992, Pp. 13. Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba dentro de una especie de oscurantismo que negaba cualquier posibilidad de discusión previa con la administración, por parte de las personas que pudieren resultar individualmente afectadas con sus decisiones. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente derechos ni disponer de mecanismos para exigir la garantía de su derecho. La reacción del Estado de derecho frente a estas concepciones, que implicaban una prolongación de la ideología de injustificable poder público en el ejercicio de la función administrativa, no tardo en consolidarse en la doctrina y en el pensamiento jurídico de quienes depuraban a la luz de los preceptos democráticos y hallaban en su esencia la necesidad permanente de garantizar los derechos ciudadanos en cada una de las manifestaciones del poder.

⁷⁹⁷ González Pérez, Jesús. "Las prerrogativas de la administración en el procedimiento administrativo", en *Procedimiento administrativo*, Tucumán, Uasta, 1982, p. 91. Gabino Fraga. *Derecho Administrativo*, cit., p. 254: "El acto administrativo requiere normalmente para su formación estar precedido de una serie de formalidades y otros actos intermedios que den al autor del propio acto la ilustración e información necesarias para guiar su decisión {...} al mismo tiempo que constituyen una garantía de que la resolución se dicta, al mismo tiempo que constituyen una garantía de que la resolución se dicta, no de un modo arbitrario, sino de acuerdo con las normas legales...". Jesús González Pérez es más explícito al justificar la existencia de un proceso y de un procedimiento administrativo. Traslada el fenómeno a los estadios de la autodefensa y la autocomposición, para demostrar cómo estos mecanismos encauzadores no son otra cosa que el freno institucional a la

El fin del proceso administrativo es en últimas el acto administrativo, pero no por sí mismo, sino en cuanto que el acto administrativo de contenido particular debe concretar el ordenamiento jurídico, sus principios, reglas y valores⁷⁹⁸. El procedimiento administrativo en esta dirección se torna, entonces, en un instrumento de carácter sustancial para el cumplimiento de los propósitos y finalidades constitucionales, esto es, no estrictamente formal, esencialmente material, sustentado en una legalidad consonante con las finalidades sociales del Estado, justificado en estas razones y no en un mecánico cumplimiento de una legalidad desposeída y ausente de propósitos constitucionales⁷⁹⁹.

En ese orden de ideas, el procedimiento administrativo tiene como finalidad concreta: (i) garantizar los contenidos sustanciales del concepto de Estado social en un ambiente democrático de participación, transparencia, debate y controversia entre quienes ejercen la función pública administrativa y cada uno de los destinatarios de sus decisiones, (ii) dar sustentación al debido proceso de manera que se protejan y garanticen de manera igualitaria y plena los derechos subjetivos y colectivos, las libertades públicas, el interés general y demás fines del Estado, (iii) lo anterior, bajo un contexto de respeto y acatamiento absoluto al ordenamiento jurídico, sus principios, reglas y valores, al igual que a los asociados y las autoridades, haciendo que la administración satisfaga las necesidades públicas, cumpla con sus funciones, preste los servicios que le han sido atribuidos, y los particulares o la comunidad en general acate y materialice sus deberes y demás compromisos como actores de la sociedad⁸⁰⁰.

La validez, en consecuencia, de cualquier decisión administrativa, sea de contenido individual o colectivo, depende de la sujeción estricta al anterior marco conceptual. Sin haberse agotado el contenido material del objeto y finalidad de los procedimientos

arbitrariedad. El procedimiento administrativo, sostiene, surgió como una garantía del administrado frente al ejercicio de la autodefensa administrativa: "Ya que la administración ostenta esos privilegios exorbitantes, se dijo, sometamos al menos a unas normas formales su ejercicio. De aquí que se haya hablado de una autodefensa procesalizada..."

⁷⁹⁸ Constitución Política de Colombia. "Artículo 1.º Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

⁷⁹⁹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Procedimientos administrativos y tecnología, Op, cit, Pp.34.

⁸⁰⁰ Ley 1437 de 2011. "Artículo 1.º finalidad de la parte primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares."

administrativos no podrá tomarse decisión alguna, que pueda calificarse como coherente y respetuosa del ordenamiento jurídico⁸⁰¹.

Con la vigencia de la Ley 1437 de 2011 los principios orientadores del proceso administrativo constituyen, sin duda, los postulados básicos de carácter jurídico que encauzan la interpretación, tanto por autoridades como por los asociados, de toda la normatividad administrativa; a efectos de materializar el equilibrio entre la autoridad pública y los ciudadanos⁸⁰². En estricto sentido se identifican dos fuentes precisas de los principios orientadores del proceso administrativo: la fuente constitucional y la legal⁸⁰³.

Sin desconocer la importancia de todos y cada uno de los principios, que a nivel constitucional y legal, caracterizan el ejercicio de la función administrativa y el procedimiento administrativo, se hace necesario recordar, los aspectos centrales del principio relacionado con la prevalencia del interés general y el principio de legalidad.

4.1. Principio de la prevalencia del interés general

Como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado social y democrático de derecho, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función administrativa el llamado principio de la prevalencia del interés general⁸⁰⁴. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico

⁸⁰¹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Procedimientos administrativos y tecnología, Op, cit, .pp.44

⁸⁰² Artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)

⁸⁰³ Dispone el Artículo 209 de la Constitución Política Colombiana "... La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.."

⁸⁰⁴ Constitución Política de Colombia. "Artículo 2.º Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (...) Artículo 123 Inc. 2 (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...) Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización,

corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual, el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema⁸⁰⁵.

En esta perspectiva el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir necesariamente, para su concreción, a todo aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Al fin y al cabo la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.

En su relación con el mundo de lo jurídico, el interés general o público encarna inevitablemente la necesidad de que toda actuación de las autoridades de cualquiera de los poderes, procure el cumplimiento de los fines estatales y no los personales de los agentes públicos, en decisiones desviadas. La finalidad del interés público o general que se predica de la actuación de todo servidor público lo es precisamente en la medida que acompaña o es connatural a las competencias atribuidas al mismo; de aquí que cualquier decisión que aparte del interés general sencillamente se está produciendo por fuera de los marcos de competencia de los actores públicos⁸⁰⁶.

la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

⁸⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002. "(...) *El principio de prevalencia del interés general permite preferir la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho constitucional. Y es que debe entenderse que el respeto de esos derechos constitucionales es un componente integrante del interés general.*"

⁸⁰⁶ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Procedimientos administrativos y tecnología. Op, cit., pp.52 y 53.

4.2. Principio de legalidad

Una de las principales consecuencias de la existencia plena de un Estado de derecho se traduce en el denominado "*principio de legalidad*"⁸⁰⁷. En estricto sentido, el principio de legalidad no puede ser identificado con el Estado de derecho. Si se quiere, debe ser entendido como una de sus características determinantes, producto de la indiscutible sujeción a un orden jurídico, significando éste no bajo la concepción formal positivista, sino bajo su expresión material que, como lo vimos, resulta más amplia e ilustrativa⁸⁰⁸.

El principio de legalidad, resulta asimilable al principio del respeto y acatamiento al bloque de legalidad que recoge la totalidad de elementos articulados en el llamado sistema jurídico. En este sentido, debe ser entendida la vinculación positiva de la administración al principio de legalidad. Si bien es cierto que la sujeción de la administración al derecho debe estar precedida de una disposición normativa, la misma no necesariamente debe ser de carácter especial. La vinculación puede estar dada por normas generales, por el bloque de legalidad, que puede incluso comprender principios y valores⁸⁰⁹.

Retomando el concepto material de Estado de derecho, el principio de legalidad implica una doble proyección tanto para gobernantes como para gobernados⁸¹⁰. En cuanto a los

⁸⁰⁷ Constitución Política de Colombia. "Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. (...) Artículo 123 Inc. 2 (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento..."

⁸⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 16 de marzo de 2005, Exp. 27.921: " (...) Toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho: la cual constituye una limitación del poder administrativo. El rol del ejecutivo no es otro que asegurar la traducción de la ley en la realidad y si la función de la administración es esencialmente ejecutiva es claro que ella encuentra en la ley no sólo el fundamento, sino el límite a su acción. Principio de legalidad de la actividad administrativa que obviamente se predica también respecto de las relaciones contractuales del Estado, como expresión de la función administrativa, tal y como recientemente lo advirtió esta Sala. Por ello el control asignado a todo juez administrativo, como medio más eficaz para asegurar el principio de legalidad de la Administración, comporta por antonomasia apreciar la vinculación de la Administración en su accionar a la ley, de modo que toda solución judicial a él asignada por la ley pasa por la revisión de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por ello, está obligado a pronunciarse en derecho sobre la sujeción del servidor público a la legalidad. Estas consideraciones, que pueden resumirse en que la Administración actúa secundum legem al ser una actividad estatal sub-legal en palabras de Marienhoff, tienen su proyección nítida en el derecho positivo colombiano".

⁸⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-982 de 2004 y T-909 de 2009. "Desde la perspectiva antes señalada, este derecho no es más que una derivación del principio de legalidad con arreglo al cual *"toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión"* (artículos 4º y 122 C. N.). De este modo, las autoridades sólo podrán actuar en el marco establecido por el sistema normativo y, en tal sentido, todas las personas que se vean eventualmente afectadas conocerán de antemano los medios con que cuentan para controvertir las decisiones adoptadas y estarán informadas respecto del momento en que deben presentar sus alegaciones y ante cuál autoridad."

⁸¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-1144 de 2000 y T-072 de 2008. "(...) *El principio de legalidad constituye uno de los pilares básicos dentro de la estructura del Estado de Derecho en cuanto que, por su intermedio, se busca circunscribir el*

primeros, en la medida en que los circunscribe para el ejercicio de sus funciones y la totalidad de sus actuaciones aun régimen de derecho que debe ser entendido en sus vertientes formal y teleológica: la primera en cuanto que el cumplimiento de la norma implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo: en ultimas, satisfacer el interés general⁸¹¹.

La legalidad formal no niega su correspondiente relación con la legalidad teleológica; todo lo contrario, son conceptos complementarios que se articulan irremediamente para estructurar la sustancia o materia del Estado de derecho; mientras con la legalidad formal quien ejerce funciones administrativas se mueve dentro de los extremos de la norma jurídica, sea esta de carácter reglado o discrecional, de manera contemporánea, a través de la legalidad teleológica deberá procurar la satisfacción de los intereses generales y el bien común de los asociados y, en ultimas, el cumplimiento de las finalidades estatales. Se trata de un proceso simultaneo de clara hermenéutica complementaria, que tan solo admite distinciones desde la órbita estrictamente académica⁸¹².

4.3. El procedimiento administrativo: daños extraprocedimentales

El procedimiento administrativo constituye el cauce formal del que se vale la Administración para el ejercicio de la mayor parte de los poderes que le atribuye el ordenamiento jurídico. Pero el procedimiento no es sólo una ordenación técnica de la función administrativa, sino también una relación jurídica de naturaleza dinámica regulada por normas que imponen a las partes, facultades, deberes y cargas⁸¹³.

ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de manera que los actos de las autoridades estatales, las decisiones que proferan y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes”.

⁸¹¹ Corte Constitucional. Sentencias C-564 de 2000 y T-200 de 2010. “(...) La corte ha sostenido que este principio puede concentrarse en dos aspectos, a saber: que exista una Ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas”.

⁸¹² Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Procedimientos administrativos y tecnología. *Ibidem*, Pp.57.

⁸¹³ García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Op, cit Pp. 560. En el Derecho alemán se expresa en parecidos términos, destacando que “la relación jurídica procedimental” constituye un elemento de primer orden para la interpretación sistemática y teleológica.

La doctrina ha venido avanzando en el sentido de señalar, que así como es de recibo, hablar de *daños extracontractuales* y de *daños contractuales*, bien podría hablarse igualmente de daños *extraprocedimentales* y de daños *procedimentales* (daño que se causa a un "conocido" por oposición al que se causa a un "extraño" o "desconocido"), daño que lesiona la esfera jurídica de un sujeto determinado, dentro de una determinada relación jurídica, la cual se materializa o se rige por las reglas de un procedimiento administrativo⁸¹⁴.

Lo anterior fundamenta, que la imputación jurídica de los daños procedimentales, precisamente radica en el desconocimiento de la indicada relación jurídica, lo que a su vez significa, que no son de recibo o en otros términos no debe acudir, a los diversos títulos que justifican la responsabilidad extracontractual (culpa, riesgo y sacrificio⁸¹⁵). En ese orden de ideas, el incumplimiento de la administración respecto a los deberes que le impone la relación jurídica preexistente, conlleva en materia del procedimiento administrativo a la obligación de indemnizar los daños antijurídicos causados⁸¹⁶.

Los sistemas jurídicos en general han venido distinguiendo dos supuestos diferentes de responsabilidad: (i) una de tipo contractual, como consecuencia del incumplimiento de una obligación, (ii) la otra extracontractual o Aquiliana, como consecuencia del principio "*neminem laedere*" (no hagas a los demás lo que no quieres, que te hagan a ti". En lo relacionado con la responsabilidad precontractual, la tendencia mayoritaria sostiene que no constituye un subsistema, sino una modalidad y como se dejó indicado en acápites anteriores la discusión se ha centrado, en ubicarla dentro de la responsabilidad contractual o extracontractual⁸¹⁷.

⁸¹⁴ Schmidt-Assmann, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. 2013 Pp. 375.

⁸¹⁵ Cfr. Becerra Salazar Alvaro Dario. Los riesgos en la contratación estatal. Estimación, tipificación y asignación. Editorial Leyer.

⁸¹⁶ Esta idea ha sido expresada por Mir Puigpelat (La responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un nuevo sistema, Editorial Civitas, Pp. 313) en relación con el incumplimiento del deber de actuar conforme a Derecho, pero no para defender que la ilegalidad pueda por sí misma fundar la responsabilidad patrimonial. Partiendo de que la culpa o la anomalía del servicio constituye (ha de constituir) el título de imputación de los daños derivados de resoluciones ilegales, considera que ese desvalor, el que expresa la contrariedad a Derecho, justifica, únicamente el traslado de la carga de la prueba de la víctima a la Administración, a la que tocaría demostrar su diligencia (la razonabilidad del criterio adoptado).

⁸¹⁷ Pirozzi Roberto y Yzquierdo Tolsada Mariano. Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en los sistemas españoles e italiano. Editorial Fundación Coloquio Jurídico europeo – Madrid. 2016. Pp. 13- 15-

Se resalta en consecuencia, la diferencia entre responsabilidad extracontractual, contractual, precontractual, con la derivada de la actividad formalizada mediante procedimiento administrativo. Al iniciarse el procedimiento administrativo, a instancia del interesado o de oficio, se origina una “relación jurídica” cuyo núcleo o contenido principal se identifica con la obligación que tiene la Administración de adoptar una resolución final ajustada a Derecho⁸¹⁸.

La Administración incumple esta obligación cuando incurre en alguna contravención que tiene la virtualidad de viciar la resolución final, convirtiéndola en ilegal o contraria al ordenamiento jurídico. Esta modalidad de incumplimiento o, lo que es lo mismo, la ilegalidad del acto administrativo, determina la imputabilidad jurídica del daño antijurídico que se cause⁸¹⁹.

No se desconoce que la doctrina⁸²⁰ y la jurisprudencia⁸²¹ suelen hablar de “*responsabilidad por anulación de actos administrativos*”, sin embargo, otra tendencia considera que el surgimiento de la obligación resarcitoria no es la anulación en sí, sino la ilegalidad del acto administrativo. Recuérdese que los actos administrativos se presumen legales, salvo que los invalide la autoridad correspondiente, por consiguiente la anulación, constituye un presupuesto de la responsabilidad que no se confunde con el título de imputación, que es la ilegalidad (declarada).

Como es sabido, el pleno restablecimiento de la situación jurídica del administrado exige en ocasiones un mandato que obligue a la Administración a dictar un nuevo acto. Piénsese en la adjudicación a un tercero de un contrato administrativo o en la denegación de licencia de

⁸¹⁸ Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Op, cit, Pp.. 253

⁸¹⁹ *Ibidem*, Pp.. 253

⁸²⁰ García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Op, cit, Pp. 210-212 y Doménech Pascual, Gabriel. *Revista de Administración Pública. Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Actos Jurídicos Ilegales*. ISSN: 0034-7639, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre (2010), págs. 179-231

⁸²¹ Ver, Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 6300123310002001135801 (30827), ago. 26/2015, C. P. Hernán Andrade. “De acuerdo con el pronunciamiento, la legalidad de un acto administrativo no puede determinarse a través de la acción de reparación directa. Esta última, si bien coincide en la naturaleza reparatoria con la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere en la causa del daño. En efecto, la corporación indicó que la reparación directa solo es procedente en los casos en los cuales el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa y la ocupación temporal o permanente de un inmueble. La de nulidad y restablecimiento del derecho, en cambio, procede siempre que el origen del daño proviene de un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad, salvo que, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala, el daño alegado se origine en la eficacia misma del acto administrativo, caso en el cual, al no pretenderse la declaratoria de ilegalidad resultaría procedente la acción de reparación directa”.

obras. En estos supuestos la anulación de la resolución ilegal no brinda por si sola la tutela específica que precisa el recurrente. El pronunciamiento anulatorio ha de ir acompañado, si es jurídica y materialmente posible, de una condena aun *facere* específico dirigida a restituir al ciudadano en sus derechos.

El supuesto de hecho de las normas reguladores de la tutela condenatoria exige simplemente que se sea titular de la posición jurídica para la que se solicita la tutela (que se tenga derecho a la licencia o el interés legítimo en la adjudicación del contrato) y que ésta haya sido efectivamente lesionada (que se haya denegado ilegalmente). Así las cosas, en los casos en que la posición jurídica lesionada se identifica con el derecho de obtención de un bien (adjudicación de un contrato), la reintegración del *statu quo* anterior a la resolución administrativa exige la condena a la Administración al libramiento de ese bien, pues solo una sentencia que contenga este pronunciamiento restaura el derecho particular⁸²²; de esta forma se restaura el *statu quo ante*, esto es, se devuelve al ciudadano, su derecho adquirido y la expectativa de las utilidades o beneficios esperados.

C. El acto administrativo de adjudicación y la tutela judicial efectiva

1. Históricamente, la anulación del acto administrativo ilegal, no implicaba una condena a la administración pública a efectos del resarcimiento de los daños causados; tal situación se fundamentaba en que la "anulación" de un acto administrativo no presupone derecho a indemnización.

Dicho principio materializaba una especie de cautela legal, para impedir que se declarara la responsabilidad de la Administración con fundamento en la nulidad del acto administrativo, pero, sin la comprobación previa de que concurrieron los requisitos de la responsabilidad patrimonial⁸²³. Esta clase de irresponsabilidad se justificaba igualmente

⁸²² Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Op, cit Pp.297

⁸²³ Partiendo de este planteamiento, algunas sentencias, exponentes de una línea minoritaria, estimaron pretensiones resarcitorias conectadas con actos administrativos. Así, las SSTs de 14 de febrero de 1972 y de 3 de enero de 1979 (Art. 7). Esta última (comentada por Sainz Moreno en "REDA", núm. 20, p. 116), relativa a la delimitación de un polígono militar de experiencia de tiro dice "no es la mera anulación de los actos impugnados lo que puede dar derecho a la indemnización –art. 40.2 de la LRJ., sino la producción de un daño, lesión o perjuicio sufrido por el patrimonio del administrado, siempre que este perjuicio sea consecuencia de la actuación de la Administración y no exista obligación de que el administrado lo soporte". Citado por Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Op, cit.. Pp. 184.

en: (i) la teoría de que el proceso contencioso persigue la depuración del ordenamiento jurídico, pero no la protección de la esfera jurídica de los particulares⁸²⁴; y (ii) que el restablecimiento del *statu quo*, materializado en la propia nulidad y en la obligación de la administración de dictar un nuevo acto reparando *in natura* el daño (restablecimiento judicial de la posición jurídica del administrado) haciendo innecesario el resarcimiento monetario. Esta concepción de irresponsabilidad, obedecía igualmente al poco avance que existía respecto a la “responsabilidad por actos administrativos”, centrándose la misma de manera general en la “responsabilidad por hechos de la administración”; criticada en el sentido que la administración está obligada por el principio de responsabilidad general a reparar los daños derivados de todas sus actuaciones, tanto de las materiales como de las formales. Hoy en día la responsabilidad por actos administrativos (legales-ilegales) es una realidad⁸²⁵.

Desde otro punto de vista, el tema relacionado con la tutela resarcitoria con fundamento en la nulidad de un acto administrativo, ha sido cuestionada: (i) bajo el criterio que el “daño resarcible”, es solo aquel que incide en derechos subjetivos; lo que significa, que cuando un acto administrativo no rompe el *statu quo ante*, sino sencillamente, deja de crear una situación jurídica cuya constitución dependía de una apreciación subjetiva de la Administración, “no puede hablarse de denegación de un derecho preexistente”, sino de “una situación neutra” consistente en asumir las consecuencias económicas, para bien y para mal, de la valoración administrativa⁸²⁶. (ii) Se puede sostener que ésta controversia, ha venido siendo superada en el sentido que a efectos de la tutela resarcitoria, no adquiere ninguna relevancia la posición jurídica de la víctima afectada por el acto

⁸²⁴ No obstante, en alguna ocasión (SSTS de 11 de noviembre de 1971, Ar. 4415, y 9 de mayo de 1970, Ar. 2623), los Tribunales, en supuestos de denegación improcedente de licencia, expresaron alguna razón como la de que no existían en nuestro ordenamiento positivo un precepto específico que regulase la responsabilidad en estos casos. Se trata de un argumento abiertamente contrario a la LRJAE, que establecía un sistema de responsabilidad aplicable a toda la actividad de todas las Administraciones Públicas y aplicable, por tanto, a toda denegación de acto favorable. Alguna otra sentencia también exteriorizó el porqué de la negación del resarcimiento, escudándose en la falta de reclamación administrativa previa, es decir, en la imposibilidad de pronunciarse sobre pretensiones resarcitorias “*vírgenes de enjuiciamiento*” (STS de 9 de febrero de 1971, Ar. 731). Citado por Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Op, cit, Pp. 186 y 191-192.

⁸²⁵ Este modelo, elaborado en Francia a finales del siglo XVIII, condicionó durante todo el siglo XIX la configuración de nuestro sistema contencioso, afirmándose una tendencia favorable a la idea de que los Tribunales debían limitarse a declarar la conformidad o disconformidad jurídica del acto, confirmándolo o anulándolo (Santamaría Pastor, J. A., Principio de Derecho Administrativo, II, 2º ed., Ceura, Madrid, p. 656). Sobre su enorme influencia en la justicia administrativa italiana y, en particular, en el tratamiento resarcitorio de los daños derivados de actos, *vide supra*, Cap. I, ap. III. Citado por Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Op, cit, Pp. 186-187.

⁸²⁶ *Ibidem*, Pp. 198.

administrativo (tener un derecho subjetivo o, tener solamente un interés legítimo); lo único determinante es que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar el daño. (iii) Se trata entonces de un sistema que persigue reparar perjuicios (y no castigar comportamientos reprochables), supone que una lesión es injusta, no porque se produzca por la violación de determinadas normas o intereses (antijuridicidad subjetiva o *contra ius*), sino porque la víctima no tiene el deber jurídico de soportarla, esto es, porque no concurre ninguna específica causa de justificación que legitime la causación del daño (antijuridicidad objetiva o *non iure*)⁸²⁷.

Superadas de alguna manera las anteriores tensiones, no puede desconocerse que el problema subyacente en la actualidad, radica en la dificultad que conlleva brindar protección resarcitoria cuando no se alcanza la completa certeza que, de no haber mediado el hecho ilícito, la víctima habría perdido la ventaja pretendida: la dificultad de indemnizar la pérdida de una ventaja que aparece como incierta o meramente hipotética y no como un daño seguro y efectivo⁸²⁸. Es inagotable la lista de supuestos en los que habiéndose producido un hecho ilícito, no puede afirmarse con seguridad que éste haya impedido la obtención de una ventaja; basta por recordar tres casos de cierta tradición en los estudios de la materia: - el pintor que envía a una exposición un cuadro que, por culpa del transportador, no llega al destino, impidiéndole concursar para la obtención de un premio; - el jinete que, contratado para montar un caballo, no llega a tiempo para competir por su culpa, perjudicando al propietario del animal; - el abogado que deja transcurrir el plazo para presentar el recurso, privando así a su cliente de la posibilidad de obtener la sentencia favorable en la instancia superior. En estos casos no puede decirse, en principio, que el hecho ilícito haya provocado la pérdida de la utilidad porque el pintor pudo perder el galardón, el caballo, fracasar en la carrera, y el cliente, ver desestimado su recurso. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia civil, viene considerando, con base en fundamentos teóricos de diverso signo, que en estos

⁸²⁷ *Ibidem*, Pp. 210

⁸²⁸ Junto a esta cuestión jurídica, subyace, bajo al regla de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo, una lógica preocupación financiera, porque se parte de la evidencia de que es insostenible un sistema puramente objetivo que, acriticamente, traslade a la Administración el coste de todos los perjuicios que se causan con ocasión de su actividad. *Ibidem*, Pp. 201

supuestos puede haber un daño cierto y efectivo, *que no es la pérdida de la ventaja, sino la pérdida en sí de la oportunidad de obtenerla*⁸²⁹.

Para determinar si el interesado tenía posibilidades reales de obtener el acto favorable, como en cualquier supuesto, civil o administrativo en que se aprecia la subsistencia o no de un lucro cesante o una oportunidad real frustrada, el juez está obligado a imaginar qué habría sucedido en el procedimiento si la Administración hubiera acomodado su actuación al ordenamiento jurídico. Es preciso, en definitiva, realizar un juicio pronóstico que, a partir de los datos que figuran en el expediente y la normativa aplicable, arroje las probabilidades que tenía el interesado de obtener el acto favorable en un procedimiento limpio, sin irregularidades⁸³⁰.

2. Las reglas de adjudicación de contratos, no sólo aseguran un buen uso de los recursos públicos, sino que son verdadera garantía de los intereses de los licitadores en los procedimientos de contratación. De esta forma se refuerza su posición jurídico-subjetiva. Los interesados en un procedimiento administrativo, tienen derecho a que se tramite conforme las reglas fijadas por el ordenamiento jurídico correspondiente.

3. En el ámbito del derecho administrativo, coexisten dos tipos de tutela: (i) restitutoria (legalidad) y (ii) resarcitoria (indemnización de daños)⁸³¹; o en términos del derecho público alemán, tutela primaria (nulidad y restablecimiento de la legalidad) y tutela secundaria (reparación económica de los daños causados)⁸³². Estas clases de tutela, no siempre se entienden a un mismo nivel jerárquico, por el contrario, en algunas latitudes jurídicas, se hace prevalecer una sobre la otra; basta señalar que en el caso del derecho público alemán, se da prelación a la tutela restitutoria, bajo el entendimiento que si el ordenamiento jurídico ha reconocido un derecho, los mecanismos de tutela deben ponerse en marcha para velar por su observancia. Por el contrario, el Derecho francés ha entendido tradicionalmente que la tutela es una forma de reaccionar frente a la ilegalidad de la Administración; el hecho que un particular esté directamente afectado por esa

⁸²⁹ *Ibidem*, Pp. 201

⁸³⁰ *Ibidem*, Pp. 208.

⁸³¹ Larenz Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Traducción y Revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Ariel Marcelona, 2001 Pp. 456-457.

⁸³² Sánchez Lorenzo, Sixto. Clausulas en los contratos internacionales. Libros Jurídicos Atelier. 2012. Pp. 417 y ss

infracción del ordenamiento, no constituye su razón fundamental. Mientras que en el derecho alemán predomina un interés por restituir o reparar al particular por la lesión sufrida en su esfera jurídica; en los derechos imbuidos de la tradición jurídica francesa, donde lo determinante es la depuración del ordenamiento jurídico, la eliminación de la ilegalidad y no tanto la situación en que se deja finalmente al ciudadano.⁸³³

4. Como es de conocimiento, una actuación administrativa, que va en contravía del ordenamiento jurídico tiene como consecuencia inicial, la obligación de restablecer el estado de cosas anterior a la comisión de la ilegalidad, de igual manera, el deber de indemnizar los daños que se haya producido, siempre que se cumplan los requisitos jurídicamente establecidos.⁸³⁴. El restablecimiento de la legalidad es inherente a la noción de Estado de derecho, por esa razón, la tutela restitutoria persigue eliminar esa ilegalidad y restablecer la posición jurídica violada; es la denominada restitución "*in integrum*".

Esa finalidad de la tutela restitutoria, debe en cada caso concreto analizarse de conformidad de la posición jurídico-subjetiva de los ciudadanos: (i) una posición jurídica de mera expectativa; (ii) una posición jurídica de derechos adquiridos⁸³⁵.

La tutela restitutoria no se configura como un mecanismo de castigo directo al responsable de una infracción, obligándole a "*hacer bien lo que hizo mal*"; sino que se trata de una medida esencial de justicia: devolver a alguien lo que es suyo. Además, hay que tener en cuenta que la eficacia de estas acciones está fuertemente condicionada por la rapidez de su interposición y resolución. Cuanto mayor sea el plazo de revisión más difícil será el restablecimiento de la legalidad, porque "*los efectos del acto se habrán integrado con mayor solidez en el tráfico jurídico, habrán servido de base a otras operaciones y habrán constituido expectativas en personas cuya destrucción podría ocasionar asaltos a intereses que la sociedad quiere proteger*"⁸³⁶. En este contexto la tutela cautelar se configura como una herramienta

⁸³³ Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2012. Pp. 69-70

⁸³⁴ *Ibidem*, Pp. 72

⁸³⁵ *Ibidem*, Pp. 73-74

⁸³⁶ Raúl Letelier Wartenberg. Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas, Thomson-Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, Pp.176, citado por Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op cit. Pp. 75.

esencial para garantizar la eficacia de la tutela ofrecida en este procedimiento⁸³⁷. La tutela primaria será posible si se han podido adoptar medidas que hayan impedido la consolidación de situaciones jurídicas que, posteriormente, no puedan o no deban ser removidas.

5. Dada la finalidad de la tutela restitutoria (expulsar del ordenamiento jurídico un acto ilegal), su campo de acción se ha ligado al análisis de la validez del acto administrativo. El mecanismo que se emplea para esa expulsión es la nulidad del acto administrativo, cuyos efectos jurídicos son de naturaleza “*ex tunc*”, “*ab initio*” y “*erga omnes*”; esa relación entre validez e ineficacia retroactiva, tiene como fundamento impedir precisamente que un acto ilegal, produzca efectos jurídicos⁸³⁸.

El planteamiento anterior no es discutido, lo que sí constituye controversia, es justificar por qué los efectos de ciertos actos que se han declarado contrarios al ordenamiento jurídico se mantienen mediante una declaración de ineficacia “*ex nunc*” e incluso se prolongan hacia el futuro (esto sucede, cuando se introducen elementos de valoración y específicamente principios de orden jurídico como: proporcionalidad, seguridad jurídica, buena fe o confianza legítima, que permiten a los tribunales esquivar la consecuencia tradicional de la nulidad, es decir, la ineficacia “*ex tunc*”)⁸³⁹. Esa aparente contradicción, se salva por la doctrina al sostener: (i) la restitución exige realizar una ponderación de los intereses en juego en la que se introducen principios jurídicos de protección de determinados intereses contrarios al restablecimiento pleno de la legalidad⁸⁴⁰; (ii) existe una separación de los juicios de validez y restablecimiento.

Pero mayor puede ser el problema, en los eventos donde se acepta el efecto retroactivo de la nulidad del acto administrativo (con la finalidad que no produzca efecto alguno), sin embargo, se acepta que produzca los efectos no permitidos: un acto administrativo de adjudicación que es declarado nulo, sin embargo, el contrato

⁸³⁷ *Ibidem*, Pp. 75

⁸³⁸ *Ibidem*, Pp. 74-75

⁸³⁹ *Ibidem*, Pp. 75-76.

⁸⁴⁰ Sobre la idea de ponderación en el Derecho administrativo, José María Rodríguez De Santiago, La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2000, *pasim*; y Luis Ortega Álvarez y Susana de La Sierra Morón (coords.), Ponderación y Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2009, citado por Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op cit, Pp. 76.

se celebra, se ejecuta y la mayoría de las veces, a la fecha de la declaratoria de nulidad, se encuentra liquidado.

6. Por el contrario, la tutela de resarcimiento, también denominada tutela secundaria, no tiene como núcleo o razón de ser, el "restablecimiento de la legalidad", su finalidad radica en garantizar la reparación, compensación o indemnización económica de un daño⁸⁴¹. Debe ser claro entonces, que este tipo de tutela, implica un estudio, un análisis sustancial y probatorio relacionado con los elementos de la responsabilidad: existencia de un daño, relación de causalidad y título de imputación. En este orden de ideas, procede aceptar que los dos tipos de tutela, encierran unos presupuestos distintos: (i) la demostración de la ilegalidad (tutela restitutoria) y (ii) los elementos de la responsabilidad.

7. Una controversia interesante radica en la propia relación que se presenta entre estas dos clases de tutela judicial (restitutoria – resarcitoria) habida cuenta de entender si existe una propia jerarquía entre las mismas, como parece darlo a entender la corriente alemana, al clasificarlas como primaria y secundaria.

Un entendimiento de esta relación, radica de manera sencilla en aceptar, que las dos se articulan en cuanto si no se puede restablecer el derecho, se acude, a un mecanismo que podría entenderse subsidiario, como es, transformar la imposibilidad de restituir la posición jurídica vulnerada, en contenido meramente económico (la utilidad que se habría obtenido al ejecutar el contrato, que no le fue adjudicado). La contestación a esta corriente del pensamiento, radica en precisar que otorgar esa naturaleza subsidiaria, implica desconocer la propia razón de ser de la tutela resarcitoria, es decir, indemnizar un daño; por cuanto, conlleva a que, independientemente del daño causado, lo que realmente se otorga es una "*modalidad diferente*" de la propia tutela restitutoria. Por lo anterior, existen criterios, sosteniendo, que ante la imposibilidad de restituir las cosas al estado anterior, tal situación, limita o cierra la razón de ser de la tutela restitutoria, y por consiguiente, se abre la puerta, a una verdadera tutela resarcitoria: bajo este criterio, el valor de la posible indemnización no se calculará por referencia al valor de la obligación

⁸⁴¹ *Ibidem*, Pp, 76.

incumplida, sino al daño efectivamente causado y probado, que podrá tener un valor incluso mayor. El régimen jurídico aplicable será el de la responsabilidad⁸⁴².

Se parte entonces de aceptar que la restitución y el resarcimiento no son mecanismos de tutela ligados por una relación de subsidiariedad. Son formas de protección autónomas, sometidas a presupuestos distintos que entran en juego en casos diferenciados: la restitución se activa en los casos en que se producen desajustes entre la realidad y el Derecho y el resarcimiento debe mitigar los daños ocasionados por una actuación del poder público⁸⁴³.

8. En un Estado de derecho, debe respetarse y primar el restablecimiento de la legalidad, que justifica la razón del ordenamiento jurídico y ofrece una protección más completa que el resarcimiento ⁸⁴⁴. Por consiguiente, es aceptable la utilización de mecanismos de orden procesal, de control de legalidad que impliquen que a mejor tutela restitutoria, menor tutela resarcitoria. Consecuencialmente, no puede perderse de vista, que la posibilidad hipotética de obtener la anulación de un acto, no garantiza necesariamente el restablecimiento de la legalidad. Hay que partir de una visión dinámica de la tutela, en la que tanto el procedimiento administrativo como el proceso de revisión posterior han de diseñarse para garantizar verdaderamente el restablecimiento de la legalidad. Si se establece un proceso sumario, con plazos breves, pretende lograrse una tutela restitutoria efectiva.

9. Como se dejó establecido, en nuestro ordenamiento jurídico, con el acto administrativo de adjudicación, se da por finalizada la denominada etapa precontractual y nace consecuentemente la obligación de suscribir el contrato estatal (dado su carácter solemne).

⁸⁴² En la doctrina civil, en contra de la aplicación de la teoría de la perpetuo obligationis como una forma de prestar tutela restitutoria, Fernando Pantaleón Prieto, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", Anuario de Derecho Civil, núm. 3, 1991, pp. 1019-1091. En la jurisprudencia, un ejemplo de la confusa aplicación de esta teoría en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de Marzo de 2003, JUR 2004/14207, ponente: Luis Garrido Espá. Citado por Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit., Pp. 79.

⁸⁴³ *Ibidem*, Pp. 99.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, Pp 81

Respecto al control de legalidad que procede frente a este acto administrativo, debe resaltarse, que si bien se está dentro de la etapa precontractual (el medio de control permitido, no es el de reparación directa), sino el de la nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta de la existencia del mencionado acto administrativo de adjudicación.

10. A nivel interno de nuestro ordenamiento jurídico, esa tutela judicial efectiva (frente al acto administrativo de adjudicación), se materializa en sede jurisdiccional mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que tiene como finalidad lo siguiente: (i) en primer lugar, la nulidad del acto de adjudicación ilegal, mecanismo mediante el cual se busca desvirtuar la legalidad del acto administrativo y su expulsión del ordenamiento jurídico; (ii) en segundo lugar, la indemnización de los perjuicios causados por esa infracción ilegal (en estricto sentido, no existe una tutela restitutoria; sino, se acude directamente a la tutela resarcitoria); (iii) en tercer lugar, la coexistencia entre la impugnación del acto administrativo de adjudicación y la celebración y ejecución del contrato; (iv) en cuarto lugar, la dependencia jurídica de la vigencia del contrato, respecto al acto de adjudicación; en el sentido, que si se declara nulo el acto de adjudicación, por mandato legal, se entiende igualmente nulo el contrato celebrado⁸⁴⁵.

D. La impugnación del acto administrativo de adjudicación y la celebración del contrato

1. El Derecho de la contratación administrativa establece las reglas que debe observar la Administración para encargar a terceros la realización de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus tareas. En concreto, determina los procedimientos administrativos que conducen a la elección del contratista, así como las reglas que deben gobernar la ejecución posterior del contrato por el licitador preferido. Precisamente sobre la base de las reglas de ejecución del contrato se ha construido la categoría del contrato administrativo, opuesta al

⁸⁴⁵ Señala el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. "Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley. Igualmente Cfr. Ramirez Baquero, Edgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Universidad del Rosario. 2008.

contrato civil⁸⁴⁶. Tradicionalmente, la relación jurídica entablada entre la Administración y el contratista ha ocupado el epicentro del Derecho de la contratación pública. Las normas de adjudicación de los contratos han quedado en un segundo plano⁸⁴⁷.

La tradición legislativa en materia de adjudicación del contrato, se concreta en la ausencia de mecanismos de impugnación que permita a los interesados demostrar las irregularidades de los procedimientos administrativos contractuales, lo que significa que ante la “*ilegalidad de la adjudicación*”, la consecuencia se limitaba a reconocer una determinada indemnización.

2. La Unión o Comunidad Europea⁸⁴⁸, mediante su respectivo Consejo y utilizando el mecanismo de las “*Directivas de Recursos*”, se ha venido ocupando de esta problemática, relacionada con el control de legalidad de los procedimientos administrativos en la contratación pública, con la finalidad que los Estados miembros de la Unión Europea⁸⁴⁹, establezcan a nivel interno, procedimientos de recursos que permitieran reaccionar de forma rápida y eficaz, garantizando el restablecimiento de la

⁸⁴⁶ Eduardo García de Enterría Martínez – Carande, “*La figura del contrato administrativo*”, Revista de Administración Pública, núm. 41, 1963, Pp. 99 – 130.

⁸⁴⁷ Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit. Pp. 29.

⁸⁴⁸ “La Unión Europea es una asociación económica y política única en su género y compuesta por 28 países europeos que abarcan juntos gran parte del continente. El origen de la UE se encuentra en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sus primeros pasos consistieron en impulsar la cooperación económica con la idea de que, a medida que aumentara la interdependencia económica entre los países, disminuirían las posibilidades de conflicto. En 1958 se creó, pues, la Comunidad Económica Europea (CEE), que en un principio establecía una cooperación económica cada vez más estrecha entre seis países: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Posteriormente, se creó un gran mercado único que sigue avanzando hacia el logro de todo su potencial. Y lo que comenzó como una unión meramente económica ha evolucionado hasta convertirse en una organización activa en todos los frentes políticos, desde el clima hasta el medio ambiente y desde la salud hasta las relaciones exteriores y de seguridad, pasando por la justicia y la migración. El cambio de nombre de Comunidad Económica Europea (CEE) a Unión Europea (UE), en 1993, no hizo sino reflejar esta transformación. La UE se basa en el Estado de Derecho: todas sus actividades se basan en los tratados, acordados voluntaria y democráticamente por los países miembros. Además, la UE se rige por el principio de democracia representativa: los ciudadanos están directamente representados en el Parlamento Europeo, mientras que los Estados miembros tienen su representación en el Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea” https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es

⁸⁴⁹ El derecho europeo ha actuado como motor de transformación del Derecho nacional de la contratación pública. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las Directivas han propiciado una intensa “europeización” de las normas nacionales en el sector. Pero esa europeización es parcial. En primer lugar, porque afecta fundamentalmente a las reglas de adjudicación de los contratos públicos. Los problemas derivados de la ejecución del contrato son, en principio relevantes para el Derecho europeo en la medida en que afaten a la competencia entre los interesados en una licitación. Por ello, no pueden hablarse en propiedad de un Derecho europeo de la contratación pública. De momento solo existe en realidad un Derecho europeo de la adjudicación de los contratos públicos, aunque sin duda su regulación sea cada vez más expansiva. Ver en Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2012. Pp. 33.

legalidad vulnerada, antes de la celebración del contrato⁸⁵⁰. De igual manera, se consagran recursos de naturaleza postcontractual que actúan frente a grandes vulneraciones de las garantías de tutela precontractual que determina, como regla general, la ineficacia del contrato. En este orden de ideas, a nivel de la Unión Europea, se consagra diferentes tipos de tutela judicial efectiva: (i) la restitución de la legalidad; (ii) resarcimiento cuando se causan daños y perjuicios y (iii) sanciones en los casos en que un contrato celebrado, tras vulnerar normas esenciales del proceso licitatorio, deba continuar produciendo efectos jurídicos por razones imperiosas de interés general⁸⁵¹.

A continuación se resaltarán los más importantes aspectos regulados en las mencionadas Directivas:

a). Mediante la Directiva 89/665/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1989, se adoptaron medidas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (específicamente de suministros y de obras). Se puede señalar que la preocupación radicaba en que las anteriores Directivas en esta materia⁸⁵², no contenían disposiciones específicas que permitieran garantizar su aplicación efectiva, lo que implicaba que no había eficaz respeto de las disposiciones comunitarias y adecuados mecanismos frente a las infracciones que se pudieran cometer, respecto a las normas comunitarias y, aún a las normas de cada Estado miembro; por esa razón, se buscó con la expedición de ésta Directiva aumentar las garantías de transparencia y no discriminación, consagrando "*recursos eficaces y rápidos*", en caso de infracción del Derecho Comunitario, en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho derecho. Con esa finalidad, se buscó habilitar, a los organismos competentes para adoptar "*medidas provisionales*" encaminadas a suspender tal procedimiento, o, la ejecución de decisiones, legitimando igualmente a la propia comisión, para intervenir ante las autoridades correspondientes de cada Estado miembro, para que adopten las medidas a efectos de obtener la corrección

⁸⁵⁰ Ordoñez Solís, David. La contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Cizur Menor. 2012, p, 141, citado por Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit, Pp.31; Cfr. Lesmes Serrano Carlos (Coordinador) Guía Práctica sobre la nueva ley de contratos del sector Público. Editorial el Derecho. Madrid. 2011.

⁸⁵¹ *Ibidem*, Pp. 72

⁸⁵² Directiva 71/304/CEE del Consejo de 26 de junio de 1971 y la Directiva 77/63/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1976, relacionada con los procedimientos de adjudicación de los contratos público de suministro.

de cualquier presunta infracción. Con base en esas razones o consideraciones, de manera concreta, se indican a continuación los mecanismos consagrados en la Directiva 89/665/CEE del Consejo de diciembre de 1989: (i) frente a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, se dispone que los estados miembros, deberán tomar las medidas necesarias, para garantizar, que las decisiones adoptadas, puedan ser “recurridas”, de manera eficaz, y lo más rápidamente posible. (ii) Los Estados miembros, garantizaran que en los procedimientos de recurso, pueda actuar como mínimo, cualquier persona que tenga, o haya tenido, interés en obtener un determinado contrato público de suministro o de obra y que se haya visto, o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. (iii) Deben garantizar que esas medidas, en relación con los procedimientos de recurso, conlleven a adoptar mediante procedimiento de urgencia: - “medidas provisionales”⁸⁵³ (entiéndase cautelares), incluidas las de suspender el propio procedimiento de adjudicación, o la ejecución de decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras del contrato. – Anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales (contenidas en los documentos de la licitación, en los pliegos de condiciones, o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato); - Conceder indemnización por daños y perjuicios⁸⁵⁴, a las personas perjudicadas por la infracción. (iv) Se consagra que por sí mismos, los procedimientos de recurso, no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos, respecto a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. (v) Se dispone, que serán los Estados miembros, los que determinen a nivel interno, los efectos del ejercicio de éstos poderes, respecto al contrato consecutivo a la adjudicación. De igual manera se señala, que los Estados miembros, podrán establecer, que una vez celebrado el contrato correspondiente a la adjudicación, las competencias de los organismos responsables de los procedimientos del recurso, se limiten a indemnizar por daños y perjuicios, a cualquier persona perjudicada por la infracción. (vi) Se consagra que el órgano competente, para tramitar y resolver estos procedimientos de recurso, pueden o no, tener carácter

⁸⁵³ La decisión de adoptar medidas provisionales, puede ponderar las consecuencias de dichas medidas, respecto a los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general; y decidir, no concederlas cuando las consecuencias negativas, pudieran superar sus ventajas. La decisión de conceder estas medidas provisionales, no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la personas que las solicite. (Numeral 4, artículo 2 de la citada Directiva).

⁸⁵⁴ Se consagra que los Estados miembros, pueden establecer, a efectos del pago de una indemnización por daños y perjuicios, la condición de anulación de la decisión imputada como ilegal.

jurisdiccional; asimismo, sino se tiene el carácter jurisdiccional, se consagre, una competencia a un órgano jurisdiccional.

b). Mediante la Directiva 92/13/CEE del Consejo del 25 de febrero de 1992, se adoptaron disposiciones referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores de agua, energía, transporte y telecomunicaciones. La citada Directiva en términos generales, reitera lo relativo a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativa referente a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos. Como aspectos relevantes y novedosos, se consagran: (i) la consideración, que cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios, por los gastos relacionado con ocasión de la preparación de una oferta o de la preparación de un procedimiento de la formalización de un contrato, no se le exigía para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación, se le habría adjudicado el contrato; por el contrario, únicamente se le exigirá que pruebe, que ha habido violación del derecho comunitario o de las normas nacionales que transponen este derecho, y que tenía una "*posibilidad real*" de obtener el contrato, posibilidad que se vio comprometida debido a esa violación (numeral 7 art. 2). (ii) Igualmente se consagra un mecanismo de conciliación, ante la Comisión.

c) Mediante la Directiva 2007/66/CEE del Consejo del 11 de diciembre de 2007, por la cual se modifica entre otras, la Directiva 89/665/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1989; debe señalarse en primer lugar, que esta modificación obedece tanto a las consultas con las partes interesadas, así como la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia que han manifestado una serie de "*puntos débiles*" en los mecanismos del recurso existente en los Estados miembros, lo que conlleva a que esos mecanismos, deban reforzarse. Dentro de éstos puntos débiles se destaca en particular: (i) "la ausencia de plazo que permite entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de éste". Esa situación conduce a que se celebre de una manera muy rápida el contrato y consecuentemente, hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación impugnada; lo cual, implica un desconocimiento a la tutela judicial efectiva de los licitadores afectados. Por tal razón, esta Directiva busca establecer un "*plazo suspensivo mínimo*", durante el cual se

suspenda la celebración del contrato, precisando, que los estados miembros tienen la libertad de establecer plazos superiores a esos mínimos. (ii) De todas maneras, se parte de aceptar respecto a los contratos basados en un acuerdo marco, o en un sistema dinámico de compra que la consagración de un plazo suspensivo obligatorio, podría afectar los propios niveles de eficiencia que se pretenden obtener mediante estos procedimientos de licitación. En estos casos, los estados miembros deben tener la facultad en lugar de introducir un periodo suspensivo obligatorio de establecer a título de sanción la ineficacia del contrato⁸⁵⁵. (iii) Con el fin de luchar con la adjudicación directa ilegal (práctica que el Tribunal de Justicia, ha calificado como la infracción más importante del derecho comunitario en contratación pública), se considera que debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal, debe considerarse en principio sin efectos. (iv) A fin de impedir infracciones graves de la obligación del periodo suspensivo y de la suspensión automática, que constituyen requisitos previos para un recurso eficaz los contratos que se celebren desconociendo esas situaciones, deben por lo tanto considerarse ineficaces. (v) El objetivo que se persigue al establecer los estados miembros la normativa, por la que se garantice que un contrato no produzca efectos, es que los derechos y obligaciones de las partes del contrato, dejen de ser de obligado cumplimiento y obligación. (vi) Con el fin de garantizar la “*proporcionalidad*” de las sanciones impuestas, los estados miembros pueden ofrecer al órgano competente, para resolver los procedimientos de recurso, la posibilidad de no poner en peligro el contrato o de reconocer alguno o todos sus efectos temporales, bajo razones imperiosas de interés general.

Una conclusión fundamental que se desprende del contenido y la regulación de las mencionadas Directivas, radica en (i) la preferencia de la tutela restitutoria, en el sentido de permitir por regla general, que la impugnación del acto de adjudicación, conlleve a la suspensión de la celebración del contrato, es decir, que los procedimientos de recurso

⁸⁵⁵ Las causas previstas en la Directiva conducen a la ineficacia del contrato, ya que implican una disminución de las posibilidades de tutela de los licitadores y candidatos antes de la celebración del contrato. De este modo pretende castigarse a los poderes adjudicadores responsables de esas desviaciones. Las consecuencias de la ineficacia, sin embargo, no se fijan por el legislador europeo. Son los Estados miembros los que deben establecer si la ineficacia conduce a la anulación con carácter retroactivo de todos los efectos derivados del contrato (ex tunc) o si, por el contrario, la ineficacia sólo afecta a las obligaciones que quedan por ejecutar (ex nunc); e incluso decidir que se mantenga la ejecución del contrato hasta su finalización. Entre nosotros artículo 44 literal 4) y artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

deben orientarse, a eliminar las infracciones en una fase en la que aún pueden corregirse, (ii) todo con la finalidad de evitar, las diferentes clases de intereses opuestos que se generan respecto a un contrato celebrado mediante una adjudicación ilegal: (a) el interés del licitador en conseguir la adjudicación del contrato o una indemnización; (b) el interés del adjudicatario del contrato que quiere mantener su posición; (c) el interés del ente adjudicador que quiere que el contrato se ejecute de una forma rápida y económica. De alguna manera la celebración del contrato conlleva los límites de la tutela restitutoria⁸⁵⁶.

3. La tutela judicial garantizada constitucionalmente tiene distintas vertientes, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Incluye distintos derechos y garantías: el derecho de acceso a los tribunales de justicia: el derecho de acceso a los recursos; el derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con otras partes; la libertad de presentar pruebas oportunas y admisibles; el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada; el derecho al cumplimiento del fallo judicial, que abarca únicamente la parte dispositiva del fallo; el derecho a la defensa; el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales; y la garantía de indemnidad⁸⁵⁷. Del análisis de estas vertientes del Derecho, se observa que prácticamente todas ellas tienen un carácter formal. Se centran en las garantías que han de observarse en el procedimiento judicial para acceder a la tutela, para recurrir los pronunciamientos, para defenderse durante el procedimiento y para garantizar la eficacia de la sentencia, entre otras. Ésta ha sido la perspectiva habitual desde la que se ha analizado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la doctrina. Conforme a ella el Derecho establece mandatos dirigidos, fundamentalmente, a los jueces⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Cfr. Rodríguez Campos Sonia (Coordinadora) Las nuevas directivas de contratos públicos y su transformación. Marcial Pons. Madrid. 2016

⁸⁵⁷ Un detallado estudio sobre las vertientes del Derecho y los cánones de control constitucional en Charles Viver Pi-Sunyer y Héctor López Bofill, "Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión", en Carles VIVER PI-SUNYER (coord.), Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.12-165, passim. Tomado de Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit., Pp. 91.

⁸⁵⁸ Luis María Díez-Picazo Giménez, "Aproximación a la tutela judicial efectiva", en Persona y Estado en el umbral del siglo XXI, Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001, pp. 209-232; Margarita Beladiez Rojo, "El derecho a la tutela judicial efectiva y garantías constitucionales del proceso", en La libertad de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 2002, pp. 299-403., citada por Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit, Pp 91-92.

1.1.1 Junto a las garantías formales, hay que ofrecer un resultado concreto de protección jurídica. La forma de garantizar esa tutela debe configurarse por el legislador. La efectividad del derecho a la tutela judicial no puede vincularse únicamente a la prohibición de indefensión, la resolución sobre el fondo o el acceso a los recursos –entre otras garantías-.

1.1.2 Desde ese punto de vista se hace patente que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impone al legislador la obligación de hacer posible que los jueces otorguen una tutela verdaderamente efectiva. Por ello este derecho no se vulnera únicamente por los jueces sino también por el legislador⁸⁵⁹.

El legislador europeo impone a los Estados que los recursos garanticen una tutela “rápida y eficaz”⁸⁶⁰ - antes de la celebración del contrato- que permita restituir las posiciones jurídico- subjetivas de los licitadores y candidatos. Los competidores deben ser restablecidos en su derecho a un procedimiento de adjudicación desarrollado *secundum ius* o, en su caso, en su derecho a la obtención del contrato. De este modo la eficacia de la tutela se maximiza. Además se evita la consolidación de posibles vulneraciones de las reglas procedimentales antes del perfeccionamiento del contrato y se asegura el desarrollo del procedimiento conforme a Derecho⁸⁶¹.

4. Los mecanismos de tutela restitutoria operan con base en un presupuesto fundamental: la vulneración de una posición jurídica- subjetiva. Solo en ese caso, cuando

⁸⁵⁹ La valoración sobre la conveniencia de introducir uno u otro tipo de tutela corresponde al legislador. El hecho de que la tutela restitutoria sea teóricamente la mejor no se traduce automáticamente en un mandato de maximización de las posibilidades de asegurar esta forma de protección. El Derecho europeo no obliga a la restitución con carácter general. Y los Derechos constitucionales de los Estados –como España y Alemania- parecen apostar claramente por la tutela restitutoria únicamente cuando entran en juego los derechos fundamentales. Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública, el legislador europeo obliga claramente a primar la tutela restitutoria sobre la resarcitoria antes de la celebración del contrato e incluso, en algunos casos, después de ese momento. Ver en Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2012. Pp 92-93 y 99

⁸⁶⁰ Hay que tener en cuenta que la eficacia de los mecanismos de tutela restitutoria está estrechamente ligada a su rapidez- Esto se explica por la necesidad de evitar que, con el transcurso del tiempo, se consoliden intereses dignos de protección que puedan contribuir a justificar el mantenimiento de una actuación contraria a Derecho: por ejemplo, en el caso de los contratos públicos podría pensarse en una adjudicación ilegal que se mantiene debido al avanzado estado de ejecución del contrato. En ese caso el transcurso del tiempo favorece la cristalización de intereses como el del adjudicatario ilegal y el interés público en que se continúe ejecutando el contrato. Esos intereses se oponen al interés público en restablecer la legalidad, el interés de los demás competidores en que el contrato se adjudique conforme a Derecho y, en su caso, el interés de uno de los licitadores en que se respete su derecho a la adjudicación del contrato. Ver en Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit, Pp. 103 y 119.

⁸⁶¹ Andrade Gómez, Jorge García. Derecho Administrativo en la contratación entre privados. Marcial Pons. Madrid. 2005.

se ha producido una infracción de las reglas que determinan la posición jurídica de un particular, es posible determinar que se le debe restituir y quien debe hacerlo. Dicho de otro modo, cuando se produce un desajuste entre la situación de un particular y la posición jurídico- subjetiva que el ordenamiento jurídico le atribuye, entran en juego- en su caso- los mecanismos de tutela primaria orientados a establecer la legalidad, garantizando la coincidencia entre la situación de hecho del particular y la posición jurídica que le corresponde. *La clave está, entonces, en determinar cuál es la posición jurídico- subjetiva del particular y, a los efectos que aquí interesan, del interesado en la adjudicación de un contrato público*⁸⁶².

La regulación legal en el ámbito de la contratación pública es ciertamente densa. Sin embargo, se limita establecer una serie de reglas organizativas y procedimentales para ordenar la adjudicación del contrato y, en algunos casos, su ejecución. El ente adjudicador dispone de un amplio margen de discrecionalidad para decidir cuándo contrata, que contrata y, dentro de unos márgenes, como contrata. Es evidente que el legislador en ningún caso podría regular en detalle estas cuestiones que deben determinarse conforme a las necesidades de la realidad. La discrecionalidad permite, así que el ente adjudicador decida en cada caso que es más conveniente para cubrir sus necesidades y dar cumplimiento a sus obligaciones, en el marco de las exigencias legales. Esta baja densidad de la regulación sustantiva en materia de contratación pública va aparejada al reconocimiento de una posición jurídica limitada del interesado en el procedimiento de adjudicación. *El interesado no tiene derecho a que un ente adjudicador abra un procedimiento de adjudicación en un momento determinado y, una vez abierta la licitación, tampoco tiene- de entrada- un derecho a la adjudicación del contrato*⁸⁶³.

Tiene un interés legítimo en que el ente adjudicador cumpla con las reglas del procedimiento de adjudicación que garantizan la concurrencia de condiciones de

⁸⁶² Diez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit, Pp.105.

⁸⁶³ *Ibidem*, Pp.105.

igualdad y su expectativa a la adjudicación del contrato, así como el derecho a utilizar las vías de tutela previstas para garantizar ese derecho⁸⁶⁴.

Cuando se abre un procedimiento de adjudicación de un contrato el ente adjudicador goza de un amplio margen de decisión para determinar quién puede concurrir a la licitación. Según sus necesidades elige el tipo de contrato que quiere celebrar- conforme a las disposiciones legales-, su cuantía aproximada, el tiempo de duración del contrato, las prestaciones que quiere recibir y la calidad que deben tener, entre otros muchos elementos⁸⁶⁵.

Una vez que han definido esos aspectos y se han fijado en los documentos de contratación, el órgano de contratación abre un procedimiento competitivo al que pueden acudir distintos licitadores- según los casos-. Pues bien, a partir de ese momento el ente adjudicador ha quedado vinculado a los criterios que él mismo ha fijado. La consecuencia es la *reducción del margen de discrecionalidad inicial de que disponga como efecto de sus propias actuaciones*⁸⁶⁶.

Los interesados en el procedimiento no sólo tiene derecho a que se cumplan las normas legales sobre la adjudicación, también tiene derecho a que el ente adjudicador aplique los criterios que él mismo ha definido en los documentos precontractuales.

V. Implementación de un nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación

Para evitar equívocas interpretaciones, se hace necesario resaltar, que este nuevo control de legalidad, no guarda ninguna relación con los mecanismos que históricamente se establecieron en nuestro ordenamiento interno y que conllevaban a una “*revisión de*

⁸⁶⁴ En torno a la idea de interés legítimo como derecho reaccional de los ciudadanos frente a las actuaciones ilegales de la Administración que les afectan en su esfera personal, vid. Juan Alfonso Santa María Pastor. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988. pp. 895 ss. Citado por Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Marcial Pons. Madrid. 2012. Pp, 105.

⁸⁶⁵ Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Op, cit, Pp.107

⁸⁶⁶ *Ibidem*, Pp.108

determinados contratos” por parte del H. Consejo de Estado⁸⁶⁷; lo anterior por cuanto, esa revisión (que fue suprimida mediante el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, al derogar las disposiciones que la contenían), no solamente no implicaba un estricto control sustancial del acto administrativo de adjudicación, sino ya del contrato celebrado; de igual manera no tenía la naturaleza del ejercicio de una función jurisdiccional, sino por el contrario se trataba de una función administrativa que igualmente se materializaba con un acto administrativo⁸⁶⁸.

1. De la propuesta de un nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación.

Es relevante tener en cuenta, que esta tesis doctoral no tiene como finalidad: (i) instar un cambio jurisprudencial relacionado con precisar la configuración de la responsabilidad precontractual en la jurisdicción contenciosa administrativa; (ii) tampoco pretende modular los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con los perjuicios que se causan en esta etapa de la actividad contractual; (iii) por cuanto toda la problemática que se ha evidenciado se genera, no por inadecuadas interpretaciones, sino por el contrario, por el marco normativo que consagra nuestro actual control de legalidad del acto administrativo de adjudicación.

A continuación se presentará el modelo del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación que implica, eliminar los problemas que se han evidenciado en la presente investigación doctoral, y a su vez, explica y justifica, la hipótesis sostenida.

1.1. El problema central del actual control de legalidad, radica como quedó demostrado en: (i) permitir, la impugnación del acto administrativo de adjudicación, y paralelamente la celebración del contrato. (ii) Este control, conlleva a todos los problemas consecuenciales relacionados con la prelación de la tutela “*resarcitoria*” y la inexistencia de la tutela “*restitutoria*”, cuando se ha declarado la nulidad del acto administrativo de adjudicación; (iii) todo sin desconocer, la incidencia de ese control actual, respecto al propio contrato estatal, en el sentido que dada su estructura permite la propia nulidad del contrato.

⁸⁶⁷ En este sentido puede consultarse el Decreto Ley 150 de 1976 (art. 17 y 38); Decreto Ley 222 de 1983 (art. 25 y 50) y el Decreto Ley 01 de 1984 (art. 253, 256 y 258).

⁸⁶⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de mayo de 1987. Expediente: 4043. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

1.2. Con la finalidad de rescatar, la tutela judicial “*restitutoria*” (que no implica la eliminación de la tutela “*resarcitoria*”); así como dar seguridad jurídica a la etapa contractual, es decir, que la nulidad del contrato, no tenga como causa aspectos relacionados con la etapa precontractual, se hace necesario, consagrar un procedimiento de naturaleza sumarial, con unos términos cortos, que respete el debido proceso, pero que igualmente permita, definir antes de la celebración del contrato, las presuntas irregularidades o ilegalidades del acto administrativo de adjudicación que lo fundamenta.

1.3. Con el nuevo control de legalidad que se propone (control previo del acto de adjudicación), el reproche judicial o desvirtuar la presunción de legalidad, del acto de adjudicación, se realiza en tiempos reales, evitando: (i) en primer lugar, que el contrato se celebre y se ejecute desconociéndose las reglas que regulan el procedimiento administrativo, es decir, quien no, presentó la mejor oferta; (ii) en segundo lugar, una protección al presupuesto público, en el sentido, que se elimina ese doble pago que se viene presentando a causa del actual control de legalidad, cuando con posterioridad a la celebración del contrato, se define la legalidad del acto de adjudicación (una afectación del presupuesto público con fundamento en las propias normas contractuales; pero, igualmente una afectación del presupuesto público, a causa del pago de indemnizaciones por haberse demostrado la nulidad del acto de adjudicación); (iii) en tercer lugar, se delimita el campo de acción desde la visión normativa sustancial y procesal, de las denominadas aún entre nosotros, “etapa precontractual” y, “contractual”; al no quedar *sub judice* el contrato estatal a causa de la impugnación del acto administrativo de adjudicación, la entidad pública contratante responderá de manera independiente por su conducta en la etapa del procedimiento administrativo y, de la etapa de la ejecución del objeto contractual.

1.4. En el control de legalidad propuesto, el contrato estatal deja de estar *sub judice*, durante toda la ejecución del negocio jurídico, lo que implica, que puede ser cuestionado por las demás causales de nulidad absoluta, pero no por las razones de la etapa precontractual; de esta manera, el acto administrativo de adjudicación no puede ser objeto de enjuiciamiento durante la ejecución del contrato estatal, es decir, de ninguna manera, -como actualmente ocurre- el contratista puede ser cuestionado durante la ejecución del contrato; -y mucho menos- se podrá declarar la nulidad absoluta del contrato estatal por vicios en el

procedimiento de selección, circunstancias que se encuentran en armonía con el principio de confianza legítima⁸⁶⁹ y seguridad jurídica⁸⁷⁰.

1.5. Debe por último precisarse que nuestro proyecto de nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, se centra en la etapa judicial y no, en la etapa propiamente administrativa. Como es de conocimiento el acto administrativo de adjudicación desde el punto de vista del control en sede administrativa presenta las siguientes características: (i) no es susceptible de recursos en sede gubernativa (lo que significa que no procede recurso de reposición ni apelación⁸⁷¹); (ii) tampoco por regla general, procede la revocatoria del acto administrativo de adjudicación; prohibición que como se expresó fue modulada en el sentido de aceptar de manera excepcional como causas de revocatoria la inhabilidad o incompatibilidad; o, la existencia de medios ilegales para la obtención del acto administrativo, siempre y cuando, dichas circunstancias se presenten durante el plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo⁸⁷²; (iii) en estricto sentido, partimos de aceptar la justificación de limitar por regla general, la interposición de recursos contra el acto administrativo de adjudicación en sede administrativa, como una consecuencia del denominado principio de economía⁸⁷³; y además por cuanto si bien, no existe entre nosotros

⁸⁶⁹ Viana Cleves, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*, U. Externado, Bogotá, 2007, p. 222.

⁸⁷⁰ Al respecto Corte Constitucional C-250/12 M.P. Humberto Sierra Porto.

⁸⁷¹ Ley 80 de 1993, Artículo 77º.- *De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas*. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. Parágrafo 1º.- El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo".

⁸⁷² Dispone en este sentido el artículo 9 de Ley 1150 de 2007 lo siguiente: "Artículo 9º. *De la adjudicación*. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993".

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.

⁸⁷³ Dispone la Ley 80 de 1993 en su Artículo 25 en su numeral 8, "... *Del Principio de Economía*. En virtud de este principio: .. 8o. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto".

la denominada “*adjudicación previa*”, si está consagrado un mecanismo con la finalidad que los proponentes se pronuncien frente a la respuesta de la entidad contratante, relacionada con las observaciones que se hayan presentado a los informes de evaluación⁸⁷⁴; lo anterior significa, que en sede administrativa, se presenta la respectiva contradicción, lo cual justifica la improcedencia de recursos.

1.6. Respecto a las causales excepcionales de revocatoria debe precisarse lo siguiente: (i) La primera excepción guarda relación con inhabilidades⁸⁷⁵ e incompatibilidades de naturaleza

⁸⁷⁴ El inciso segundo del artículo 9 de Ley 1150 de 2007 modifica los numerales 10 y 11 artículo 30 de la Ley 80 de 1003 para señalar: “... si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993...”.

⁸⁷⁵ Artículo 8º.- *De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:* 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes, b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados., c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad, d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado, f) Los servidores públicos, g) Quienes sean cónyuges o (compañeros permanentes) y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso., h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso. i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e) i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma. j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. 2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.; b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante; c). El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal; d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo; e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada. Parágrafo 1º.- La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. El art. 18 de la Ley 1150 de 2007, adicionó el siguiente inciso: En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio. Parágrafo 2º.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.

sobreviniente (es decir, que ocurran dentro del plazo comprendido entre el acto administrativo de adjudicación y la celebración del contrato). El nuevo proyecto de control de legalidad, no afecta sustancialmente ese marco normativo, por cuanto, si no se ha celebrado el contrato, y ocurre una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, la entidad contratante, tiene plena competencia igualmente para revocar el acto administrativo de adjudicación y celebrar el contrato con quien ocupó el segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad⁸⁷⁶. (ii) La segunda excepción, se relaciona con la demostración de la existencia de medios ilegales para la obtención del acto administrativo de adjudicación; se trata de una regulación especial en materia de revocación de los actos administrativos particulares y concretos⁸⁷⁷, por cuanto, libera a la administración en este supuesto, de invocar la denominada acción de lesividad y le otorga competencia para revocarlo en sede administrativa, todo bajo la condición que se encuentre demostrado la ocurrencia de los “*medios ilegales*”. De igual manera, se diferencia de la excepción anterior, en el sentido que los medios ilegales ocurren durante el procedimiento administrativo licitatorio y son la razón de ser del acto de adjudicación; es claro que en este supuesto, no se está frente a una causal sobreviniente, la condición es otra: que dentro de la temporalidad indicada (adjudicación – celebración del contrato), se encuentre demostrado en sede administrativa la existencia de esos medios ilegales. El nuevo control judicial, no guarda relación con las competencias de la administración, frente a la revocatoria del acto de adjudicación; su finalidad no es, limitar o eliminar esas competencias; por el contrario, su finalidad radica en proteger sustancialmente la “*tutela judicial restitutoria*”; por consiguiente, si se demuestra en sede administrativa que el acto de adjudicación se fundamentó en medios ilegales, bien puede la administración ejercer sus competencias especiales en esa materia.

1.7. Actualmente el acto administrativo de adjudicación, tiene tres controles por vía ordinaria así; nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho; y nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación. El proceso planteado, tiene un

⁸⁷⁶ Numeral 12 del artículo 12 de la Ley 80 de 1993.

⁸⁷⁷ Artículo 97 de la Ley 1437 de 2011. “*Revocación de actos de carácter particular y concreto*. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional. Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”.

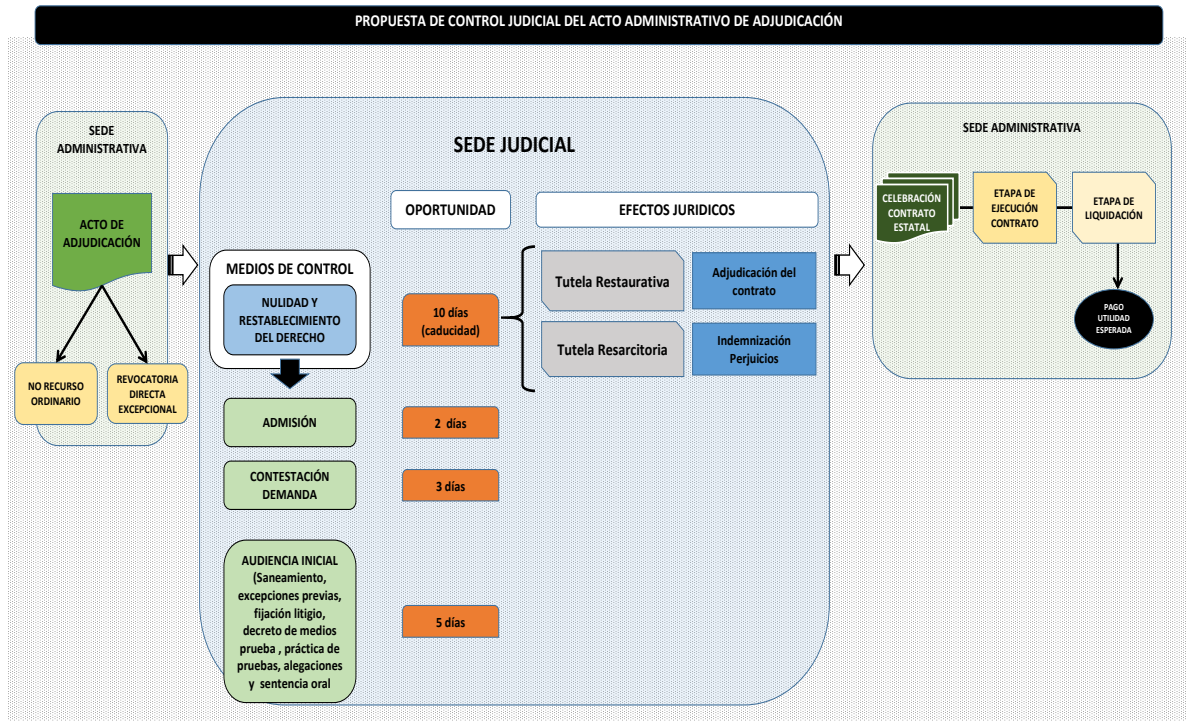
objetivo principal, el cual radica, *en realizarse el control de legalidad del acto adjudicación previamente a celebrarse el contrato estatal*, por ende, se eliminaría uno de los controles actuales, el relacionado con cuestionar la ilegalidad del acto por medio de la nulidad absoluta del contrato estatal.

No se puede desconocer, que existen otros actos administrativos previos, que por vía jurisprudencial se han venido aceptando como susceptibles de control de legalidad, como son: i) el acto de apertura de la licitación o del procedimiento de selección; ii) los pliegos definitivos cuando impidan la materialización del principio de selección objetiva; iii) el acto que termina anormalmente el procedimiento; y, iv) el acto de declaratoria desierta del procedimiento⁸⁷⁸.

El nuevo control está dirigido a implementar un cambio normativo, en el sentido, que solamente serán demandables directamente *los actos administrativos definitivos* expedidos durante el procedimiento administrativo precontractual, los cuales son en estricto sentido: i) el acto administrativo de adjudicación; ii) el acto que termina anormalmente el procedimiento; y, iii) el acto de declaratoria desierta del procedimiento.

Lo anterior, no significa que los actos previos (apertura y pliegos) no tengan control de legalidad, porque de todas formas su ilegalidad se puede invocar como fundamento de la nulidad de los actos definitivos anteriormente enunciados.

⁸⁷⁸ el H Consejo de Estado precisó *que solo podían impugnarse los actos precontractuales definitivos o que, en su lugar, impidieran continuar con el proceso de selección*. Ver al respecto: Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio Sentencia de 13 de junio de 2011. Expediente n.º 19336.. Reiterada en: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo; seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00741-01(27506)



1.8. A continuación, se señalarán las modificaciones que desde el punto de vista normativo, se requieren para implementar el control previo de legalidad del acto administrativo de adjudicación objeto de esta tesis doctoral.

Inicialmente: (i) se expondrán las normas que serían objeto de modificación; (ii) se presentará un cuadro comparativo entre la norma actual y el proyecto de cambio del control de legalidad, (iii) mediante anexo, se presentará el articulado del nuevo proyecto de ley, que materializa el nuevo control de legalidad.

2. De las normas objeto de modificación o derogatoria:

LEY 80 DE 1993 ⁸⁷⁹		
Norma actual	Proyecto	
<p>Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:</p> <p>1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;</p> <p>2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.</p> <p>3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.</p> <p><u>4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y</u></p> <p>5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.</p> <p>Artículo 45º.- De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.</p> <p>En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.</p>	<p>Se deroga el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el cual quedara así:</p> <p>Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:</p> <p>1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;</p> <p>2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.</p> <p>3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.</p> <p>5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.</p> <p>Artículo 45º.- De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.</p> <p>En los casos previstos en los numerales 1o. y 2o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.</p>	

⁸⁷⁹ Se hace la precisión que revisada la normativa de la Ley 1150 de 2007 (mediante la cual se modifica la Ley 80 de 1993, su articulado no guarda relación con aspectos de control de legalidad y por consiguiente, no implica modificación o derogatoria alguna.

<p>LEY 1437 DE 18 DE ENERO DE 2011</p> <p>(CPACA)</p>		
<p>Norma actual</p>	<p>Proyecto</p>	
<p>Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.</p> <p><u>Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.</u></p> <p>El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.</p>	<p>Se modifica el inciso 2 del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedara así:</p> <p>Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.</p> <p><u>No serán susceptibles de control de legalidad de manera independiente, los actos de apertura de licitación, pliego de condiciones y demás actos previos que no tengan la naturaleza de actos definitivos; su impugnación se realizará como causal de control de legalidad de los actos administrativos definitivos, que culminan el procedimiento administrativo precontractual, en los términos del literal c) del numeral 2) del artículo 164 de la pres</u></p> <p>El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.</p>	

<p>ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada</p> <p>2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:[...]</p> <p>c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;</p>	<p>Se modifica el literal c) del numeral 2) del artículo 164 de la ley 1437 de 18 de enero de 2011, el cual quedara así:</p> <p>ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada</p> <p>2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:[...]</p> <p>c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, <u>de naturaleza definitiva, como son: el acto administrativo de adjudicación, el acto administrativo de declaratoria desierta de la licitación y acto administrativo que termine anormalmente el procedimiento administrativo; el término será de diez (10) días</u> contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;</p>	
---	--	--

3. Diferencias entre el actual sistema de control de legalidad del acto de adjudicación y la propuesta de control de legalidad.

ASPECTO PROCESAL	Control de legalidad vigente del acto administrativo de adjudicación.	Propuesta de control de legalidad del acto administrativo de adjudicación
Medio de Control	<p>El acto administrativo tiene 3 medios de control:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nulidad simple. • Nulidad y restablecimiento del derecho. • Controversias contractuales (Nulidad absoluta con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación). 	<p>El acto administrativo tiene los siguientes controles:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nulidad simple. • Nulidad y restablecimiento del derecho.
Instancias	Doble instancia	Única Instancia ante juez colegiado
Caducidad	<p>El control de legalidad del acto administrativo tiene dos términos de caducidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 4 meses, caducidad de los actos previos a la celebración del contrato. • 2 años o la vigencia del contrato. Caducidad de las controversias contractuales –nulidad absoluta- 	<p>El control de legalidad del acto administrativo tiene un solo término de caducidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 10 días.
Efectos del ejercicio del derecho de acción.	El contrato queda sub judice durante la ejecución.	El contrato no se afecta por ejercer el derecho de acción, porque no se ha celebrado.

Etapa – oportunidad	Es un control paralelo y posterior a la ejecución del contrato estatal.	Es un control previo a la celebración del contrato estatal.
Alcance de la sentencia.	Tutela solamente resarcitoria : Pago del 100% de la utilidad esperada.	<ul style="list-style-type: none"> • Tutela restaurativa: adjudicar el contrato a quien demostró ser la mejor propuesta y ejerció el derecho de acción. • Tutela resarcitoria: pago de los perjuicios que se causaron por la decisión inicial de la administración.
Efectos jurídicos del control	<ul style="list-style-type: none"> • La decisión judicial no surte los efectos jurídicos de propender por los principios de la contratación estatal, dado que se produce cuando el contrato ya está ejecutado o liquidado. • Se atenta contra la confianza legítima y la seguridad jurídica, habida cuenta, que durante la ejecución del contrato, el órgano judicial puede establecer, que quien ejecuta el contrato no es la mejor propuesta; y, se puede declarar la nulidad absoluta del contrato. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se crea una herramienta oportuna para garantizar la efectividad de los principios de transparencia y selección objetiva. • Se fortalece el principio de planeación, en el sentido de tener una etapa de control de legalidad del acto administrativo de adjudicación. • Se fortalecen los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.
Efectos jurídicos frente al contrato estatal	Nulidad absoluta del contrato estatal a causa de la nulidad del acto administrativo de adjudicación	No procede la nulidad absoluta del contrato estatal a causa de la nulidad del acto administrativo de adjudicación
Efectos económicos del control.	Pago de varias utilidades.	No se paga utilidad. Se adjudica el contrato.
Prestación del servicio público	No se paraliza la prestación del servicio , dado, que frente al acto adjudicación no procede recurso ordinario en sede administrativa; y, la revocatoria es excepcional. Además se puede demandar el acto administrativo estando el contrato estatal en ejecución.	No se paraliza la prestación del servicio , por cuanto, el control de legalidad previo a la celebración del contrato, se encuentra previsto dentro del cronograma de selección que elabora la entidad en una recta aplicación del principio de planeación.

5. Conclusiones

Nuestra investigación doctoral de manera general se relaciona con el análisis de la “*actividad contractual pública*”, como se demostró en el estado del arte, coexisten diferentes problemas o causas que han conllevado a preguntarse, sobre la “*justificación o la crisis*” del denominado “*contrato público*” (contrato estatal); esas causas tienen diferentes orígenes: (i) la coexistencia de la noción de acto administrativo y contrato público; lo que significa rebasar el concepto de acto administrativo unilateral y aceptar la noción de acto administrativo bilateral (como marco normativo de la compra pública); (ii) la controversia sobre la propia sustantividad del denominado contrato público, que lo identifique y justifique, como institución propia y autónoma del clásico contrato privado. Para lo cual se ha venido sosteniendo como un criterio diferenciador, la noción de “*interés general*”, que encierra el objeto de la contratación pública; de igual manera, la existencia en la actividad contractual, del denominado procedimiento administrativo contractual y concretamente, de los efectos jurídicos del acto administrativo de adjudicación que trasciende todas las fases de naturaleza contractual. Lo que significa, que el momento esencial de esa actividad contractual, es la adjudicación (desde una visión sustancial) y no, la celebración del contrato (que sencillamente reviste una naturaleza formal). (iii) Los aspectos relacionados con el control de legalidad, tanto de los actos previos al contrato (especialmente el acto administrativo de adjudicación), como, los relacionados con el control de nulidad del propio contrato estatal. De manera específica, y a título de limitación de la presente investigación, si bien se abordaron las diferentes problemáticas, la razón de ser, tal y como quedó expuesta en la hipótesis, se centra, en analizar, la justificación o no, del control de legalidad de la actividad contractual, actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, el trabajo de investigación doctoral, se estructuró con la finalidad de demostrar (probar o improbar), la hipótesis de la necesidad de un nuevo control de legalidad del acto administrativo de adjudicación (acto transversal de la actividad

contractual), habida cuenta que el sistema actual no cumple los supuestos de una tutela judicial efectiva (restitutoria – resarcitoria); consecuentemente demostrar las debilidades e inconsistencias del actual control difuso de legalidad; así, como la incoherencia que existe entre el marco normativo sustancial y principalístico, frente a las normas de carácter procedimental y procesal.

Para demostrar la hipótesis planteada, se desarrollaron los siguientes subtemas: (i) en primer lugar, una contextualización de los conceptos: Estado - administración – ciudadano y derecho administrativo; lo que permitió establecer, no solamente la evolución de los mismos, en el sentido de unas nuevas finalidades del Estado social de derecho, sino igualmente la existencia de una verdadera relación jurídica entre la administración pública y los ciudadanos; así como la evolución, del concepto de interés legítimo al de derechos subjetivos, que permite, materializar el punto de equilibrio entre las prerrogativas de la administración y las garantías de los ciudadanos. (ii) En segundo lugar, el trabajo desarrolla, la situación actual de la actividad contractual pública, mediante el análisis, de las características y problemáticas que corresponden a las diferentes fases de la actividad contractual. En estricto sentido, este análisis permite identificar, la coexistencia de un régimen jurídico mixto, fundado en normas de derecho público (procedimiento administrativo precontractual); en normas de derecho privado (ejecución del objeto contractual); igualmente en normas de derecho público (potestades unilaterales – potestades sancionadoras, materializadas en actos administrativos). Asimismo, conocer la posición del ordenamiento jurídico interno respecto: a) aceptar la noción de contrato y no la de acto administrativo bilateral, como fuente jurídica de las relaciones en esta materia con los demás sujetos jurídicos; b) identificarse por lo menos formalmente, con la teoría unitaria del contrato y no con la coexistencia de la denominada teoría dual; c) rescatar, las controversias que aún subsisten relacionadas con la alternativa de la naturaleza de su régimen jurídico, en el sentido, de si debe corresponder aún modelo de estricto derecho administrativo, o por el contrario, a una interrelación con los subsistemas jurídicos del derecho privado; d) el propio cuestionamiento a la existencia sustancial o meramente formal, de la denominada etapa precontractual (que culmina con el acto administrativo de adjudicación) y la etapa contractual (que se materializa con la celebración por escrito del contrato estatal); habida cuenta de la posición transversal y los efectos que esa decisión administrativa conlleva para toda la

actividad contractual. (iii) Se aborda un análisis relacionado con el ejercicio de la política legislativa - reglamentaria y jurisprudencial, en materia de la contratación pública; con la finalidad de analizar esa normativa de frente al régimen constitucional; de igual manera, identificar la controversia aún existente, entre el ejercicio de la facultad reglamentaria, frente a una norma de principios, como se ha calificado al Estatuto General de la Contratación Pública. Este análisis permite sostener, una excesiva potestad reglamentaria y de igual manera, la fuerza que ha venido cobrando, la expedición de lo que podemos denominar “*normas blandas*”, en materia de contratación (Circulares de la Agencia Nacional de Contratación Estatal); (iv) con fundamento en la anterior contextualización, se entra a analizar de manera concreta los aspectos relacionados con el denominado control de legalidad de la actividad contractual pública y específicamente, del acto administrativo de adjudicación, que como se sostuvo en las conclusiones preliminares, permite demostrar lo siguiente: a) desde el punto de vista del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, en sede administrativa por regla general no procede ningún tipo de control (ausencia de recursos y de revocatoria directa general); b) excepcionalmente se acepta una revocatoria del acto administrativo de adjudicación bajo determinadas y expresas condiciones (inhabilidad e incompatibilidad sobreviniente - demostración de medios ilegales); c) lo anterior significa, que realmente el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación se realiza en sede judicial; d) ese control de legalidad en sede judicial, es de naturaleza difusa; por cuanto, coexisten diversos medios de control: - nulidad simple; - nulidad y restablecimiento del derecho; - contractual; - acción popular; e) además de tratarse de un control difuso de legalidad, igualmente implica que la impugnación del acto administrativo de adjudicación, conlleva a un control indirecto del contrato estatal; lo anterior, por cuanto, por expreso mandato legal, la nulidad del acto administrativo de adjudicación conlleva la nulidad del propio contrato estatal (num 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993); f) de igual manera, este control de legalidad actual del acto administrativo de adjudicación, es paralelo y posterior a la celebración y ejecución del contrato estatal. Sistema que en síntesis genera dos dificultades; la primera, relacionada a que el contrato queda *sub judice* durante todo lo que tarda el proceso contencioso administrativo; y la segunda, en atención a que fácticamente es imposible adjudicar el contrato estatal a quien en sede judicial demuestra la ilegalidad del acto administrativo, pasamos de una tutela restaurativa y resarcitoria, a una tutela solamente resarcitoria; circunstancia, que desconoce las propias finalidades de la contratación estatal.

Al demostrar la problemática del actual control de legalidad, se puede sostener que la misma, se presenta por: (i) confundir los fines y la coexistencia de la tutela restitutoria y resarcitoria; (ii) aplicar, los parámetros de la responsabilidad extracontractual, desconociendo que si bien, se está cuestionando la responsabilidad de la entidad pública, con anterioridad a la celebración del contrato, de igual manera, existe todo un procedimiento administrativo y concretamente, un acto administrativo definitivo (adjudicación), lo que implica, que ese tipo de responsabilidad, debe analizarse frente al acto administrativo y no, a la responsabilidad extracontractual, como se viene analizando.

Como se dejó señalado en el capítulo correspondiente, esa crisis del control de legalidad, solamente puede superarse, con el ingreso de nuevas normas procesales al sistema jurídico, que respeten la coherencia que debe existir con las de naturaleza sustancial y por consiguiente, se puedan cumplir los denominados fines de la contratación pública. Para tal efecto, tales normas implican: (i) de manera central, modificar el control paralelo existente y por el contrario, consagrar un control previo a la celebración del respectivo contrato; (ii) otorgar el respectivo control, solamente al acto administrativo de naturaleza definitiva que cierra, el procedimiento administrativo: la adjudicación; (iii) analizar la responsabilidad precontractual, bajo los supuestos del acto administrativo impugnado y no, bajo la regla general de los principios de la responsabilidad extracontractual.

A. Anexo: Proyecto de Ley

“Por la cual se reglamenta el proceso contencioso de nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de adjudicación y demás actos separables y definitivos en el procedimiento administrativo contractual”

ARTICULO 1. NATURALEZA DEL PROCESO: El acto administrativo de adjudicación será susceptible de los medios de control de nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los diez (10) días siguientes a su comunicación, que se decidirá en un proceso especial cuya competencia estará asignada a los Tribunales Administrativos en única instancia.

ARTICULO 2. TRÁMITE PREFERENTE: El proceso de nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de adjudicación tendrá trámite preferente, salvo respecto de los de tutela.

PARÁGRAFO. En este trámite no procede la reforma de la demanda, la demanda de reconvención, el litisconsorcio necesario, la acumulación de procesos, el interrogatorio de parte, el informe bajo la gravedad del juramento, la inspección judicial y el juramento estimatorio.

ARTICULO 3. COMPETENCIA: Se adiciona el numeral 15 al artículo 151 de la Ley 1437 de 2011. El cual quedará así: “[...] **ARTÍCULO 151. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA.** Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:[...]”

“15. De la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de adjudicación, independientemente del valor del contrato por celebrar y de la naturaleza del objeto contratado.”

ARTICULO 4. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: Se adiciona un inciso final al numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, bajo el siguiente tenor: “*Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de adjudicación, no será necesario el procedimiento previo de conciliación*”

ARTICULO 5. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA: Se modifica el literal c) del numeral 2) del artículo 164 de la ley 1437 de 2011, el cual quedará así: “**ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** *La demanda deberá ser presentada [...]*

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...]

c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, de naturaleza definitiva, como son: el acto administrativo de declaratoria de desierta de la licitación y acto administrativo que termine anormalmente el procedimiento administrativo; el término será de diez (10) días contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;”

ARTICULO 6. ADMISIÓN DE LA DEMANDA: El magistrado sustanciador admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, dentro de los dos (2) días siguientes a su presentación y deberá ser notificada de manera inmediata vía correo electrónico.

PARÁGRAFO. Suspensión de la celebración del contrato estatal: **a)** La celebración del contrato estatal se suspenderá durante el término de caducidad. **b)** Notificado el auto admisorio de la demanda la celebración del contrato estatal se suspenderá hasta que se profiera la decisión judicial correspondiente en única instancia.

ARTICULO 7. TRASLADO DE LA DEMANDA: De la demanda se correrá traslado a la entidad pública contratante demandada, que expidió el respectivo acto de adjudicación, por el término de tres (3) días; plazo dentro del cual podrá ejercer su derecho de contradicción.

PARÁGRAFO. La entidad pública demandada deberá allegar los antecedentes administrativos relacionados con el acto administrativo de adjudicación. La inobservancia

de este deber constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.

ARTICULO 8. DICTAMEN PERICIAL APORTADO: Cuando sea necesario verificar aspectos fácticos relevantes de naturaleza técnica, científica y/o artística, que requieran medio de prueba pericial, la parte accionante aportará el dictamen de peritos correspondiente.

Solamente se aceptará el dictamen aportado; será improcedente solicitarlo en la demanda para ser decretado por el funcionario judicial. El dictamen pericial tiene como finalidad controvertir las decisiones de esa naturaleza proferidas en sede administrativa.

La parte que aportó el dictamen, deberá hacer concurrir al perito a la audiencia inicial donde se realizará la respectiva contradicción. Si el perito no asiste el dictamen no tendrá valor. En la audiencia inicial se formularán las aclaraciones, complementaciones, objeciones, con fundamento en los antecedentes administrativos.

ARTICULO 9. AUDIENCIA INICIAL CON SENTENCIA ORAL: Vencido el término de traslado de la demanda y antes de cumplirse el décimo día computado desde la presentación de la demanda, el Juez realizará la audiencia inicial que se sujetará a las siguientes reglas:

1. **Control de legalidad.** El magistrado sustanciador ejercerá el control de legalidad para asegurar la sentencia de fondo y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.
2. **Decisión de excepciones previas y mixtas.** Previo traslado que se realiza en la misma audiencia, el magistrado sustanciador de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y mixtas.
3. **Fijación del litigio.** Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el magistrado sustanciador indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación del litigio.

4. **Decreto y práctica de pruebas.** El magistrado sustanciador decretará y practicará en esta audiencia las pruebas pedidas oportunamente por las partes.
5. **Sentencia.** Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuera necesario practicar pruebas, se convocará a la respectiva Sala a efectos de escuchar los alegatos y proferir la respectiva sentencia oral.

PARAGRAFO. En los eventos donde se requiera la práctica de medios probatorios, realizada la misma, se suspenderá la audiencia y se fijará fecha para su continuación, a efectos de escuchar las alegaciones y proferir la respectiva sentencia oral, respetando los términos establecidos para este procedimiento especial.

En la providencia que convoque a la audiencia pública, el magistrado sustanciador advertirá a las partes que allí se practicarán los medios de prueba solicitados y decretados. El incumplimiento de las cargas procesales probatorias se regirá por las normas generales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso.

ARTICULO 10. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO. Salvo en nulidad simple, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

PARÁGRAFO. En este proceso el magistrado sustanciador deberá tener en cuenta las conductas relacionadas con la temeridad o mala fe y adoptará las decisiones pertinentes de conformidad con lo establecido en los artículos 79 y subsiguientes del Código General del Proceso.

ARTICULO 11. ASPECTOS NO REGULADOS: En los aspectos no contemplados en esta normativa se seguirá el Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, subsidiariamente, las disposiciones del Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza del proceso.

ARTICULO 12. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Esta normativa se aplicará a todos los actos administrativos que se expidan en vigencia de esta ley.

ARTICULO 13. DEROGATORIA. A partir de la vigencia de la presente ley quedan derogados: el numeral 4° del artículo 44 y el numeral 4 contemplado en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993; el inciso segundo del artículo 141 de la ley 1437 de 2011; y cualquier norma que sea contraria a éste procedimiento de materia especial.

ARTICULO 14. VIGENCIA: La presente ley empieza a regir a partir de la fecha su promulgación.

Bibliografía General

1. Doctrina Nacional e Internacional

1. Adriano de Cupis. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Casa Editorial Bosch. Edición 1975.
2. Alarcón Rojas Fernando. La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos. Universidad Externado de Colombia, Edición 2011.
3. Alexandri Rodríguez, Arturo. De los Contratos. Jurídica de Chile. Edición 2004.
4. Alexy Robert. Concepto de Validez del Derecho. Gedisa Editorial. 2013.
5. Alexy Robert. La doble naturaleza del derecho. Editorial Trotta. Edición 2016.
6. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Edición 2007.
7. Alterini, Atilio Aníbal. Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General. Abeledo – Perrot. Edición 1998.
8. Alterini, Atilio Anibal. La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno. Abeledo Perrot.
9. Andrade Gómez – García Jorge. Derecho Administrativo en la contratación entre privados. Marcial Pons. Edición 2005.
10. Ariño Ortiz, Gaspar. "Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo", en Derecho Administrativo. Obra Colectiva en

Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Edición 1998.

11. Ariño Ortiz, Gaspar. El Enigma del Contrato Administrativo. En Cassagne, Juan Carlos. Tratado General de los Contratos Públicos. Director. Tomo I. 1ª Edición. Editorial La Ley. Edición 2013.
12. Ariño Ortiz, Gaspar. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Resumen del mismo título, publicado en Madrid, Instituto de Estudios Administrativos (ENAP) 1968. Título III. Capítulo 9. Principio de equivalencia económica. Numeral 1. Fundamento.
13. Armenta, Deu. Teresa. Reflexiones sobre la Convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común, hacia métodos extrajurisdiccionales; VV.AA, la convergencia de los procesos civil y penal: ¿Una dirección adecuada?, Marcial Pons. Edición 2013.
14. Arnaud André – Jean. Entre Modernidad y Globalización. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Edición 2000.
15. Atienza Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. 1992.
16. Barra Rodolfo, Cassagne Juan Carlos, Dromi Jose Roberto, Gordillo Agustin, Ottonello Nestor y Sanchez Gambino. Contratos Administrativos. Tomo I. Editorial Astrea. Edición 1982.
17. Beck Ulrich ¿qué es la globalización?. Falacias del Globalismo, respuestas a la globalización. Ed. Paidós. Edición. Edición 2008.
18. Beladiez Rojo, Margarota “El derecho a la tutela judicial efectiva y garantías constitucionales del proceso”, en La libertad de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC, Edición 2002.

19. Benavides José Luis. Riesgos contractuales. Pp. 459. En Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. José Luis Benavides – Jaime Orlando Santofimio: Compiladores. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2009.
20. Benavides, José Luis. El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2º Edición, 2002-2004 y Edición 2010.
21. Benavides, José Luis. Ley y reglamento en contratación pública, en VI Iberoamericano de Derecho Administrativo – VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pp. 981.
22. Benavidez, José Luis, en el prólogo al libro de González López Edgar “El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Serie derecho administrativo 10. Universidad externado de Colombia, Primera Edición 2010.
23. Bendeck Olivella Jorge “*Exposición de Motivos a la Ley 80 de 1993*”, en Gaceta del Congreso, n.º 75, 23 de septiembre de 1992.
24. Benetti Salgar, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Editorial Temis, Edición 1994.
25. Benítez Caorsi Juan J. La Revisión del Contrato. Segunda Edición Editorial Temis. Edición 2010.
26. Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos. Editorial. Depalma. Edición 1980.
27. Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª ed., Edición 1980.
28. Bercovitz Rodríguez – Cano Rodrigo. Tratado de Contratos. Tomo I. Editorial Tirant. Edición 2009.

29. Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Edición 2003.
30. Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición. Señal Editorial. 2002.
31. Betancur Jaramillo Carlos. "Las Acciones Populares y el Contencioso de los Contratos" Bogotá: Conferencia dictada en octubre de 2.004.
32. Betti Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Comares. Edición 2000.
33. Bianca Massimo C. El contrato. Derecho Civil. Tomo III. Traductores Fernando Hiniestrosa y Edgar Cortes. Universidad Externado de Colombia. Edición 2007.
34. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Tº II, 6ª ed., La Ley, Edición 1964-1966.
35. Blanco Valdés, Roberto L. El Valor de la Constitución. Editorial Alianza. Edición 2006.
36. Bobbio Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis. 1987.
37. Bourdieu, Pierre; Teubner Gunther. La Fuerza del Derecho. Siglo del Hombre Editores. Edición 2002.
38. Brewer-Carías Allan R. El Derecho Administrativo y la Ley organiza de procedimientos administrativos, Colección Estudios Jurídicos, n. º16, Caracas, Jurídica Venezolana, Edición 1992.
39. Brewer-Carías Allan R. Principios del procedimiento administrativo en América Latina. Legis. 2003 .
40. Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Novena Edición. Abeledo – Perrot. Edición 1997.

41. Calonge Velázquez Antonio. El Concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración Pública Nacional y Administración Pública Comunitaria. Revista de Derecho de la Unión Europea, No 19 – 20. Semestre 2010.
42. Calsamiglia Albert. Introducción a la Ciencia Jurídica. Ariel Barcelona, 1986.
43. Canals I. Ametller. El ejercicio por particulares de funciones de autoridad, Comares, Granada. Edición 2003.
44. Carbonero Gallardo, José Miguel. La Adjudicación de los Contratos Administrativos: Origen, Evolución y Sistema Actual. Universidad de Granada. Edición 2010.
45. Carbonner Jean. Derecho Civil, Situaciones extracontractuales y dinámicas de las obligaciones, Tomo I I, Casa Editorial Urgel. Edición 1971.
46. Cassagne Juan Carlos. (Director) Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo I. 1ª edición. Editorial La Ley, 2013.
47. Cassagne Juan Carlos. El contrato administrativo. Abeledo Perrot, Edición 1999.
48. Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo II. Octava Edición, Actualizada. Editorial Abeledo – Perrot. Edición. 2006.
49. Cassagne, Juan Carlos. Cuestiones de Derecho Administrativo, ed. Depalma, Edición 1987.
50. Cassagne, Juan Carlos. Cuestiones de Derecho Administrativo. Depalma, Buenos Aires, 1987. Capítulo VIII “La Igualdad en la contratación administrativa”. Tomo I. 1ª edición. Editorial La Ley. Edición 2013.
51. Cassagne, Juan Carlos. El contrato administrativo. Abeledo – Perrot. Edición 1999.
52. Cassagne, Juan Carlos. Los principios generales en el Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot. Edición 1988.

53. Cassagne, Juan Carlos. Tratado General de los Contratos Públicos. Director. Tomo I. 1ª Editorial La Ley. Edición 2013.
54. Cavotta, Santa Maria Capua Vetere, Edición 1912.
55. Chiti, Mario P. El concepto de derecho administrativo y el concepto de administración pública, en, JA No. 11. Abril de 2001.
56. Córdoba, Jorge Iván. Editores. Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas Y Prospectivas. 1ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Edición 2017.
57. Courtis Chistian. Estudios sobre derechos humanos y justicia. Siglo del Hombre Editores. 2009.
58. Dávila Vinueza Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, 2.ª ed., Bogotá, Legis, Edición 2003.
59. De Ruggiero, Guido. Historia del Liberalismo europeo. Edición 1944.
60. De Solas Rafecas, José María, Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración, Tecnos, Edición 1990.
61. Deik Acostamariado Carolina. Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Incluye análisis del Decreto 1510 de 2017. Abeledo Perrot. Edición 2014.
62. Díez Manuel María. El acto administrativo. TEA. 1956.
63. Díez Sastre, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Marcial Pons. Edición 2012.
64. Díez, Manuel María, Derecho administrativo, Tº II, 1ª ed., Bibliográfica Omeba, Edición 1965.

65. Diez-Picazo Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato. Tomo I. Civitas. Edición 1996
66. Doménech Pascual, Gabriel. Revista de Administración Pública. Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Actos Jurídicos Ilegales. ISSN: 0034-7639, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre (2010).
67. Dromi, José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea. Edición 1973.
68. Dromi, José Roberto. La Licitación Pública. Editorial Astrea. Edición 2002.
69. Dromi, José Roberto. Responsabilidad del Estado. Barcelona. Edición 1970.
70. Dromi, Roberto. Derecho administrativo. Editorial Buenos Aires. Edición 2000.
71. Dromi, Roberto. El Acto Administrativo. Buenos Aires. Editorial. Ciudad Argentina. Tercera Edición 2000.
72. Durán Martínez, Augusto. Ejecución de los contratos administrativos, en Contratación administrativa, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Edición 1968.
73. Durao Pedro. Licitación Pública. Parámetros y Supranacionalidad. Editorial Juruá. Edición 2016.
74. E. Schmidt- Assmann. La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons. Edición 2003.
75. Entrena Cuesta, Rafael, Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración, Revista de Administración Pública, N° 42, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
76. Entrena Cuesta, Rafael. El principio de Igualdad ante la Ley y su aplicación en el derecho administrativo, RAP, No. 37.

77. Escobar Gil Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Edición 2000.
78. Escola Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Parte I. Editorial Depalma. Edición. 1988.
79. Escola Héctor Jorge. Compendio de Derecho Administrativo. Depalma. Edición 1984.
80. Escola Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Parte General, Volumen I. Editorial. Depalma. Edición 1977.
81. Esteve Pardo José. Estado Garante, Idea y Realidad. 1 Ed. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Edición 2015.
82. Esteve Pardo José. La extensión del derecho público. Una reacción necesaria. Revista de Administración Pública, Edición 2012.
83. Estrada Alexei Julio. La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek. 48 Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. 1997.
84. Expósito Vélez Juan Carlos. La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Revista Digital de Derecho Administrativo. Núm. 1. 2009. Universidad Externado de Colombia.
85. Faria José Eduardo. El Derecho en la Economía Globalizada. Editorial Trotta. Edición 2001.
86. Fernández Rozas José Carlos "Elementos configuradores de la justicia arbitral", en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009.
87. Fiorini, Bartolomé A., Manual de Derecho Administrativo, Tº I, La Ley, Edición 1968.

88. Fuentetaja Pastor Jesús Ángel. Riesgo y Ventura en la Concesión de obra Pública. Revista de Derecho de la Unión Europea No. 7 – 2 Semestre 2004.
89. Galgano Franceso. El negocio Jurídico. Tirant lo Lanch. Edición 1992.
90. García – Trevijano Fos Juan Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Edición 1970.
91. García – Trevijano Garnica Ernesto. La suspensión del contrato administrativo. Cuadernos Civitas. Edición 2001.
92. García de Enterría Eduardo– Carande, “La figura del contrato administrativo”, Revista de Administración Pública, núm. 41, 1963.
93. García de Enterría Eduardo y Ramón Fernández, Curso de Derecho. Administrativo. Tomo I. Civitas. Edición 1974.
94. García de Enterría Eduardo y Ramón Fernández. Curso de Derecho. Administrativo. Tomo I. Civitas. Madrid. Reimpresión. 1998.
95. García de Enterría Eduardo y TR Fernández Rodríguez. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Octava Edición. Madrid. Thomson – Civitas. Edición 2008.
96. García de Enterría Eduardo. Curso de derecho administrativo, Tomo I, Thomson, Navarra. Edición 2006.
97. García de Enterría Eduardo. La figura del contrato administrativo. RAP, No. 41. 1963.
98. García de Enterría Eduardo. La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, 2º ed., Civitas, Edición 1979.
99. García de Enterría Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. 2º ed., Civitas, Edición 1979.

100. García de Enterría Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). En RED Núm. 38. Mayo – Agosto de 1962.
101. García de Enterría Eduardo. Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, en Revista N.2, mayo-agosto de 1950.
102. García Enterría Eduardo – Tomas Ramón Fernández Rodríguez. Curso de Derecho Administrativo, Volumen 1, Edición 11, Edición 2002.
103. García Pelayo Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Alianza Universidad. Edición 1995.
104. Garibotto, Juan Carlos. Teoría del Acto Jurídico. Ediciones Depalma, Resigno Pietro. 1991.
105. Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Edición 1961.
106. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. 1958. Volumen I. Parte General. Séptima Edición. Centro de Estudios Constitucionales. Edición 1958.
107. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 336-338. Citado por Medina Alcoz, Luis. Libertad Y Autoridad En El Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. 2016. Pp. 88.
108. Garzón Martínez Juan Carlos Crisis del control de legalidad del contrato estatal. Hacia una nueva visión interpretativa. Memorias XXXVI – Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Pereira. Septiembre de 2015.
109. Garzón Martínez, Juan Carlos. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Sistema Escrito – Sistema Oral. Debates Procesales. (Ley 1437 del 18 de Enero de 2011). Editorial Doctrina y Ley. 2014.

110. Gaspar Ariño Ortiz. Principios de derecho público económico, Granada, Comares, Edición 1999.
111. Geny, Francisco. La interpretación jurídica. Métodos y fuentes del Derecho Privado, Bogotá, Editorial. Leyer, Edición 2007.
112. González – Varas Ibañez Santiago. El derecho administrativo europeo. Tomo II. Edición 2005.
113. González López, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Serie derecho administrativo 10. Universidad externado de Colombia, Primera Edición 2010.
114. González Pérez, Jesús. “Las prerrogativas de la administración en el procedimiento administrativo”, en Procedimiento administrativo, Tucumán, Uasta, Edición 1982.
115. Gordillo Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Primera Edición Colombiana. Edición 1998.
116. Gordillo, Agustín - Tratado de derecho administrativo. Fundación de derecho administrativo. Edición 1998-2000.
117. Gordillo, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera Edición Colombiana. Biblioteca Jurídica Dike. Edición 1998.
118. Gordillo, Agustín A., y otros "Los contratos administrativos", en Contratos Administrativos. Régimen de Pago y Actualización, T. I, Astrea, Edición 1982.
119. Gordillo, Agustín. El acto administrativo. Abeledo – Perrot. Edición 1969.
120. Hartmut, Maurer. Derecho Administrativo. Parte General. Marcial Pons. Edición 2011.

121. Henao Juan Carlos y Andrés Fernando Ospina. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2015.
122. Henao Juan Carlos. El Daño- Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual en el Estado En Derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia. 2015.
123. Henao Juan Carlos. El Daño- Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual en el Estado En Derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia. Edición 2015.
124. Hernández González, Francisco L. (Director). El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia. Thomson Reuters Aranzadi. 2016.
125. Herrera Barbosa, Benjamín. Contratos públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Edición 2004.
126. Hinestroza, Fernando. Derecho civil. Obligaciones Primera Edición, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1969.
127. Huergo Lora, Alejandro, Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas, Civitas, Edición 1998.
128. Ibáñez Carlos Miguel. Resolución por incumplimiento. Reimpresión. Editorial Astrea. Edición 2006.
129. Ignacio de Otto, Sistema de Fuentes, 2da Ed., Ariel, Edición 1999.
130. Ihering, Rudolf Von, El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo. Editorial Comares. Edición 2011.
131. Jacques Chevallier. El Estado Posmoderno. Traducción de Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia. Edición 2011.

132. Javier Tamayo Jaramillo. Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil, Baker & Makenzie, 2000.
133. Jeanneret de Pérez Cortes, María. Acto Administrativo y Contrato Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral de la Facultad de Derecho, ed. Ciencias de la Administración. Edición 2000.
134. Jellinek, Georg. Sistema de los Derechos Públicos Subjetivos. 1 ed. Cita traída por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. 2016. Pp. 134.
135. Jerez Delgado Carmen. La anulación del contrato. Civitas. Edición 2008.
136. Jéze Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo III. Editorial Depalama. Edición 1950.
137. Jéze Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo III, Primera Edición. Editorial Depalma. Edición 1948.
138. Kelsen Hans. La teoría pura del Derecho. Traducción de la Primera Edición de 1934. Madrid, Trotta. 2011.
139. Kelsen Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Trad. de la segunda Ed. de 1911. Porrúa, México 1987.
140. Kuhn Thomas Samuel. La estructura de las revoluciones científicas. Traducción de Agustín Contín. Fondo de Cultura Económica. Edición 1971.
141. Laguna del Paz, J. C. La renuncia de la administración al derecho administrativo. Revista de Administración Pública, Edición 1995.
142. Larenz Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Traducción y Revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Ariel. Edición 2001.

143. Lesmes Serrano Carlos (Coordinador) Guía Práctica sobre la nueva ley de contratos del sector Público. Editorial el Derecho. Edición 2011.
144. López Blanco Hernán Fabio “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”, Tomo I parte general, Temis año 1974.
145. López Bofill Héctor y Charles Viver Pi-Sunyer “Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, en Carles Viver Pi-Sunyer (coord.), Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo, Tirant lo Blanch, Valencia. Edición 2006.
146. Loquin Eric; Manciaux Sebastien. El orden público y el arbitraje. Universidad del Rosario. Edición 2015.
147. Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte General. Rubinsal – Culzoni Editoriales. Edición 2004.
148. Luhmann Niklas, Sistema Jurídico y dogmática jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
149. Luis Diez-Picazo Giménez, “Aproximación a la tutela judicial efectiva”, en Persona y Estado en el umbral del siglo XXI, Facultad de Derecho de Málaga. Edición 2001.
150. Lloredo Alix Luis M. *Rudolf Von Jhering y el paradigma Positivista*, Fundamentos Ideológicos y Filosóficos de su pensamiento Jurídico. Madrid. Dikenson, Edición 2012.
151. Maestro Buelga G. “Los derechos públicos subjetivos en la Historia del Constitucionalismo español”. Revista de Derecho Político, núm. 41, 1996, pp 131-132. Citado por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. 2016.
152. Marienhoff, Miguel S.- Tratado de Derecho Administrativo .Tomo III – Contratos de la Administración Pública. Teoría general y de los contratos en particular.

<http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-III-B.pdf>

153. Marienhoff, Miguel S.- Tratado de Derecho Administrativo .Tomo III – Contratos de la Administración Pública. Teoría general y de los contratos en particular. 1970.
154. Marienhoff, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, Tomo V, Editorial, Abeledo Perrot. 1990.
155. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. III-A, Edición 1989.
156. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tº III-A, 2ª ed., Edición 1978.
157. Marín Cortés, Fabián. Público y privado. Estudios sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa. Temis. Edición 1998,
158. Marquardt Bernad. Historia Universal del Estado. Tomo I. Universidad Nacional. Edición 2014.
159. Marquardt Bernd. Historia Mundial del Estado. El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776 – 2014). Universidad Nacional. Edición 2014.
160. Martín - Tetortillo Baquer, Sebastián. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. Revista de administración pública; ISSN 0034-7639, No. 140, 1996.
161. Martínez López Muñiz, José Luis. "Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho Español (su fundamento y sus consecuencias), en volumen colectivo en homenaje al profesor Marienhoff, Miguel S., Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Edición 1998.
162. Mayer, Otto, Derecho Administrativo alemán, I, trad. Texto francés (1903) H. H. Heredia y E. Krotoschin, Depalma, Edición 1943.
163. Mayer, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Tomo II. pp. 9-39-19-36. Citado en Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. 2016.

164. Medina Alcoz Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Editorial. Thomson-Civitas. Edición 2005.
165. Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. Edición 2016.
166. Mendieta Jaime; La Culpa In contrahendo Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión; REVIST@ e - Mercatoria Volumen 10, Número 2 (julio - diciembre 2011) pp.45. Online en:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3048/2697>
167. Messineo Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I y II, Ediciones Jurídicas Europa. Edición, 1952.
168. Molina Betancur Carlos Mario y otros. Derecho Constitucional General. Segunda Edición. Sello Editorial. Universidad de Medellín. Edición 2006.
169. Monedero Gil, Oscar, Doctrina del contrato del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, Edición 1977.
170. Monedero Gil José Ignacio. Doctrina del contrato del Estado, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Edición 1977.
171. Morales, Mónica Lizet y otros. "Distribución del riesgo en el contrato de construcción. Perspectiva internacional", Revista e- Mercatoria, Vol. 8 n.º 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Edición 2009.
172. Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos, Primera Edición, Buenos Aires, Editorial. Rubinzal-Culzoni, 1995.
173. Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos. Editorial Rubinzal-Culzoni. Edición 1995.

174. Ojeda Marín, A.: “*La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública*”. Revista de Administración Pública, núm. 116. Mayo-agosto de 1988.
175. Ojeda Rodríguez, Nancy. Derecho de Contratos, Tomo 1. La Habana. Editorial Félix Varela. Edición 2003.
176. Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de, Contratos administrativos, Saraiva, San Pablo, Edición 1981.
177. Ordoñez Solís, David. La contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Cizur Menor. Edición 2012.
178. Oriol Mir Puigpelat. Globalización Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Edición 2004.
179. Orquidi Castilla Gustavo. Buena fe en los contratos. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Edición 2011.
180. Orquidi Castilla Gustavo. Buena fe en los contratos. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Edición 2011.
181. Ortega Álvarez Luis y Susana de la Sierra Morón (coords.), Ponderación y Derecho Administrativo, Marcial Pons, Edición 2009.
182. Osorio Moreno, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?. Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 10, Segundo Semestre. Universidad Externado de Colombia. 2013.
183. Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 5ª ed., Temis, Bogotá, Edición 1998.

184. Ospina Fernández; Guillermo –Ospina Acosta; Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico;; Temis; Séptima Edición. Edición 2005.
185. Palacio Hincapié, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición. Señal Editorial. 2005.
186. Palacios Mejía Hugo. “*El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150*”, en Economía Colombiana, N.º 321, Bogotá, Contraloría General de la República, noviembre de 2007.
187. Pantaleón Prieto, Fernando. “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, Anuario de Derecho Civil, núm. 3, 1991.
188. Parada, Ramón. Derecho Administrativo. Marcial Pons, Edición 2007.
189. Parejo Alfonso, Luciano. El concepto de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Edición 2009.
190. Parejo Alfonso, Luciano. Transformación y ¿Reforma? Del Derecho Administrativo en España, Ed., Derecho Global. Edición 2012.
191. Parejo Alfonso. Manual de derecho administrativo, Vol. I, Barcelona, Ariel, Edición 1998.
192. Parra Lacan María Ángeles. Directora. Negociación y perfeccionamiento de los contratos. Thomson Reuters. Aranzadi. Edición 2014.
193. Penagos Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. Parte General. Librería el Profesional. 2001.
194. Penagos Vargas, Gustavo, Nulidades y Acciones del Acto Administrativo, Ediciones Doctrina y Ley, Edición 1996.
195. Pérez Bermejo J.M. Coherencia y sistema jurídico. Marcial Pons. 2006.

196. Pérez Vives Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I, II y III. Universidad Nacional de Colombia. Edición 1957.
197. Pirozzi Roberto y Yzquierdo Tolsada Mariano. Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en los sistemas españoles e italiano. Editorial Fundación Coloquio Jurídico europeo. Edición 2016.
198. Pulido Bernal Carlos – Fabra Zamora Jorge. Universidad Externado de Colombia. Edición 2013.
199. Rafecas de Solas Jose Maria. Contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, Madrid, Tecnos, Edición 1990.
200. Ramírez Baquero Edgar Augusto. El contenido, elemento del contrato. En, Mantilla Espinos Fabricio y Ternera. Los contratos del derecho privado, Bogotá, Ed. Legis y Universidad del Rosario. 2007.
201. Ramírez Baquero, Edgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Universidad del Rosario. Edición. 2008.
202. Raúl Letelier Wartenberg. Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas, Thomson-Reuters, Civitas, Cizur Menor. Edición 2011.
203. Ripert Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Ibáñez. Edición 2016.
204. Rodríguez Arana, Jaime, Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar, Iustel, Edición 2012.
205. Rodríguez Campos Sonia (Coordinadora) Las nuevas directivas de contratos públicos y su transformación. Marcial Pons. Edición 2016.
206. Rodríguez de Santiago, José María. La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Marcial Pons, Edición 2000.

207. Romano, Santi. Fragmentos de un Diccionario Jurídico. Ediciones Jurídicas - América. Edición 1964.
208. Royo-Villanova, S, La responsabilidad de la Administración, parte I, "R. Ciencs. Socs." Núm. 58, 1933.
209. S.Marienhoff Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Abeledo Perrot. Edición 1964.
210. Safar Díaz, Mónica Sofía. Análisis Económico de los Procedimientos de Selección de Contratistas del Estado: en el Derecho Colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente. Universidad Externado de Colombia. Edición 2009.
211. Salgado Ramírez, Catalina; Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf Von Jhering. Aproximación Doctrinal. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. Marzo de 2012. Pp. 3-4 Online en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3196/3442>.
212. Sánchez Lorenzo, Sixto. Clausulas en los contratos internacionales. Libros Jurídicos Atelier. Edición 2012.
213. Santa María Pastor, Juan Alfonso, La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador, "RAP", núm. 68, mayo-agosto, 1972.
214. Santa María Pastor, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I, Centro de Estudios Ramón Areces. Edición 1988.
215. Santaella Quintero, Héctor. Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo. 2017. Universidad del Externado por. El doble nivel vinculante y no vinculante de la reglamentación en la contratación pública.

216. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principio de Derecho Administrativo General, II, 2° ed. Iustel, 2009.
217. Santofimio Gamboa Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología, Universidad Externado de Colombia. Edición 2011.
218. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Contencioso Administrativo.. Tomo III. Ed. Universidad Externado de Colombia, Edición 2004.
219. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmática del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia.
220. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Potestad sancionadora de la Administración en materia de contratación estatal. Pp.469 y 472. En Montaña Plata, Alberto; Rincón Còrdoba, Jorge Iván. Editores. Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas Y Prospectivas. 1ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2017.
221. Santofimio, Jaime Orlando. Editores. Contratación Estatal- Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. 1ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2009.
222. Sarmiento, Daniel. El soft Law administrativo, Thomson-Civitas, Pamplona, Edición 2008.
223. Sayagues Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Edición 1959.
224. Sayagues Laso Enrique. Licitación Pública. Montevideo. "La violación de los principios jurídicos que regulan las licitaciones públicas, en "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" No. 1.

225. Schmidt-Assmann, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Edición 2013.
226. Schmidt-Assmann, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y Fundamentos de la construcción sistemática. Edición 2003.
227. Serrano José Luis. Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Editorial Trotta. 1999
228. Serrano Salomón, D. A. (Junio, 2015). La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas. Revista de Derecho Público, 34. Universidad de los Andes (Colombia).
229. Silva García, Fernando. Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral. Revista Mercatoria, Volumen 6, número 2 (2007).
230. Spencer, Herbert. El hombre contra el Estado. Versión Española de Gómez A. Pinilla. F. Sempere y Cía. Editores. Calle del Pintor Sorolla, 30 y 32. Valencia. Julio 1884.
231. Stiglitz. Joseph E. La economía del sector público, (Trad. María Esther Rabasco, Luis Toharia), Antoni Bosch Editor, 1988, ISBN 84-85855-47-7 Google books 2003
232. Tafur Galvis, Álvaro. La huida de la administración hacia el derecho privado en Colombia. En Derecho civil y comercial –doctrina. Biblioteca Jurídica Diké. Edición 1999.
233. Thibierge Catherine. Nulidad, Restituciones y Responsabilidad. Traducción de Gustavo de Greiff. Universidad del Externado. 2010.
234. Thibierge Catherine. Nulidad, Restituciones y Responsabilidad. Traducción de Gustavo de Greiff. Universidad del Externado. Edición 2010.
235. Thomas Humphrey Marshall. Ensayo titulado: “Ciudadanía y clase social”,

- publicado 1950.
236. Tockeville, Alexi. El antiguo régimen y la revolución (Traducción Española; Madrid Alianza Editorial, 2004, p. 27); citado por Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. 2016.
237. Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad de la administración, Civitas, Edición 1994.
238. Tornos Mas, Joaquín. Distribución de riesgos en los contratos estatales. Pp.364. En Montaña Plata, Alberto; Rincón Córdoba, Jorge Iván. Editores. Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas y Prospectivas. 1ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2017.
239. Trigo Represas Félix A. Ponencia para la Comisión No. 1 de las V Jornadas de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 29 al 31 de octubre de 1992.
240. Vahacalli Daniel C. Picasso Sebastián; Lecciones y Ensayos, Responsabilidad Precontractual y Postcontractual; Abeledo Perrot; 1994; pp. 212 Online en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>
241. Vedel George. Derecho Administrativo. Editorial Aguilar. Edición 1980.
242. Vélez García, Jorge. Los dos sistemas de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Fondo de publicaciones Institución Universitaria Sergio Arboleda. Edición 1996.
243. Verano Henao, Sandra Patricia. La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio económico. Pp.553. En Montaña Plata, Alberto; Rincón Córdoba, Jorge Iván. Editores. Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas Y Prospectivas. 1ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2017.
244. Viana Cleves, María José, El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano, Universidad Externado de Colombia. Edición 2007.

245. Villar Palasí, José Luis, Lecciones sobre contratación administrativa, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Edición 1969.
246. Wahl Rainer. Los últimos 50 años de Derecho Administrativo Alemán. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2013.
247. Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo. Milán. Edición 1958.

2. Sentencias

1. Concepto de 13 de junio de 2002, Rad. 1395, C. P. César Hoyos Salazar.
2. Concepto de 7 febrero de 1997, Rad. 934, C. P. Javier Henao Hidrón.
3. Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de agosto de 2007, Rad. 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C; Consejero ponente: Olga Melida Valle de La Hoz (E); tres (3) de junio de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00613-01(31211)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 19 de julio de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015). Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; Radicación: 250002326000199900405.
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia diciembre siete (7) de dos mil cinco (2005); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911).

8. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E); veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01071-01(36978).
10. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E) ; doce (12) de marzo de dos mil quince (2015); Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00004-00(33595)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; doce (12) de febrero de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03058-01(25395)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; noviembre trece (13) de dos mil trece (2013); Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02922-01(28479).
13. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Marta Nubia Velásquez Rico; dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00045-01(54794).
14. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1997-00663-01(32113)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15290-01(28342)

16. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección C;; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz; nueve (09) de julio de dos mil catorce (2014); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15154-01(26333)
17. Consejo de Estado, Auto de 2 de Agosto de 1990 C.P. Pablo J. Cáceres Corrales
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 29 de mayo de 2014, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 11001032600020130005300 (46.992).
19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo (05) de dos mil catorce (2014), Radicación: 11001032600020130005300 (46.992)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, providencia de fecha 5 de octubre de dos mil cinco (2.005). Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) Actor: Procuraduría General de la Nación.
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, AP 760012331000200502130-01
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006), Expediente No. 13414 (R-7186), entre otras.
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", Bogotá, doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación 2500023260002002016060129.855.

25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, Expediente 14.384, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia del 11 de diciembre de 2002 exp 22511.
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 8 de septiembre de 2005, Expediente 25.927, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra.
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2005, Expediente 15.667, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra.
29. Consejo de Estado, sentencia de 5 de marzo de 2008, Rad. 16850, C.P. Enrique Gil Botero.
30. Consejo de Estado, sentencia de 5 de marzo de 2008, Rad. 16850, C.P. Enrique Gil Botero Sentencia de 16 de febrero de 2001, Rad. 12660.
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de octubre de 1980, Expediente 1960, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo.
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 8 de agosto de 1995, Expediente 3.158.
33. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 15.799
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2013, expediente 25971.

35. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez.
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, radicado. 05001-23-25-000-1994-02027-01 (21324)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 2014, radicado 110010326000200800040 00 (35362).
38. Consejo de Estado, Sala Plena, providencia del 11 de diciembre de 2003, MP. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 15796.
39. Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 8 de abril de 1999. Radicado No. 5121. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Actor. Julio Roberto Cepeda Tarazona
40. Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 9 de noviembre de 2000. Radicado No. 5826. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor. Hernán Fabio López Blanco.
41. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de julio de 2006, Rad. 3262-05, C.P. Jesús María Lemos Bustamante
42. Consejo de Estado, Sección Tercera, autos: del 6 de abril de 1987, exp. 5050; sentencias del 18 de octubre de 1989, exp. 5655, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 6 de diciembre de 1990, exp. 5165, M.P.: Carlos Gustavo Arrieta; del 16 de octubre de 1990, exp. 5949, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 16 de mayo de 1991, exp. 5931, M.P.: Julio César Uribe Acosta; auto de Sala Plena del 10 de mayo de 1991, exp. C-171, M.P.: Dolly Pedraza de Arenas. sentencia proferida el 22 de abril de 2009; actor: Seguros Generales Aurora S.A.; CP: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

43. Consejo de Estado, Sección Tercera, de 14 de febrero de 2002, Rad. 13238, C.P. María Elena Giraldo Gómez.
44. Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias de 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, de 28 de abril de 2005, exp. 12025, de 8 de junio de 2006, exp. 15005 y de 8 de junio de 2008, exp. 17783
45. Consejo de Estado, Sección Tercera, del 15 de octubre de 2008, Rad. 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
46. Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias de 14 de febrero de 2002, rad. 13238; de 12 de diciembre de 2005, rad. 30734, MP. María Elena Giraldo Gómez; de 9 de marzo de 2000, rad. 17333; de 13 de diciembre de 2001, rad. 21301; de 22 de julio de 2002, rad. 22431; de 23 de enero de 2003, rad. 22113 y de 6 de noviembre de 2003, rad. 24432.
47. Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias del 13 de diciembre de 2001, exp. 19.777 y del 29 de junio de 2000, exp. 16.602
48. Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias del 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, de 12 de junio de 2017, exp. 58544, entre muchas otras.
49. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Auto del 25 de septiembre de 2013, Exp. 20.420.
50. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009.
51. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 7 de octubre de 1999, Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10610.

52. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2004, Rad. 15936, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
53. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 15599, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
54. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.
55. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, reiterada en sentencias de 29 de abril y 21 de julio de 1999, exp. 14.885 y exp. 14.943, C.P. Daniel Suárez Hernández.
56. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de fecha 15 de octubre de 2008, Rad. 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
57. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 10 de 2009, Expediente 35288, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
58. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de marzo de 2004. Radicado No. 25021. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Actor: Departamento del Valle del Cauca. Demandado: Concesiones de Infraestructura S.A. –CISA.
59. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2015. Radicado No. 52556. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Emgesa S.A. Demandado: Sociedad Hotelera Tequendama S.A.
60. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de julio de 2013, ep. 25642, M.P. Enrique Gil Botero.
61. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 2004, Exp. 15235.

62. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.
63. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
64. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 23.605.
65. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 14461, M.P. Danilo Rojas Betancourth.
66. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias: del 18 de abril de 1989, expediente 5426; del 29 de junio de 1989, expediente 5295; del 16 de abril de 1991, expediente 6102; del 27 de junio de 1991, expediente 3600; del 9 de mayo de 1996, expediente 10.151; del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577; del 18 de septiembre de 2003, expediente 15.119; de 24 de febrero de 2004, expediente 14.043; del 29 de agosto de 2007, expediente 14.854.
67. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero; treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01380-01(37500).
68. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637). C.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero
69. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24020, M.P. Enrique Gil Botero. Reiterada en: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz (E); seis (6) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837). Ver en ese mismo sentido: Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; veintitrés

(23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00233-01(52161).

70. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Expediente 22043. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Corte Constitucional.
71. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de Sala Plena del 18 de abril de 2013. Radicado No. 17859. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Actor: Julio Cesar García Jiménez. Demandado: Departamento de Casanare.
72. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 9 de 1988. Expedientes acumulados 3528, 3529 y 3544. M.P. Carlos Betancur Jaramillo
73. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de junio de 2017. Radicado No. 57688. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Actor: Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P. Demandado: Municipio de Ciénaga.
74. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente No. 36252. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Consorcio Porvenir. Demandado. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER
75. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente No. 36252. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Consorcio Porvenir. Demandado. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER.
76. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2015. Radicado No. 52556. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Emgesa S.A. Demandado: Sociedad Hotelera Tequendama S.A.
77. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Radicado No. 34594. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Actor: Drummond Limited. Demandado: Minercol e Ingeominas.

78. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de abril de 2013. Radicado No. 42532. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Caja de Compensación Familiar - Santander. Demandado: Municipio de Bucaramanga.
79. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicado No. 36838. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Actor: Banco de la República. Demandado: Sociedad H. Rojas y Asociados Ltda.
80. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de marzo de 2015. Radicado No. 41365. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Actor: Luis Héctor Solarte Solarte. Demandado: Municipio de Popayán.
81. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de agosto de 2013. Radicación No. 25000-23-26-000-1995-11578-01(24900). C.P. Hernán Andrade Rincón.
82. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Radicado No. 38379. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Unión Temporal JPC. Demandado: Empresa Colombiana de Gas -ECOGAS.
83. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Expediente: 16041. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.
84. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-0965-01(13792). M.P. María Elena Giraldo Gómez.
85. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Radicado No. 56344. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Actor: Vallas y Avisos Ltda. Demandado: Empresa Caucana de Servicios Públicos.
86. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de noviembre de 2012. Radicado No. 39332. M.P. Hernán Andrade Rincón. Actor: Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Otros. Demandado: Isagen S.A.

87. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 1992. Radicado No. 6695. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Tavora. Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.
88. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2016. Radicado No. 57422. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Actor: Consorcio Aseo Capital SA ESP. Demandado: Distrito Capital y Otro.
89. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio de 2009. Radicación No. 25000-23-26-000-1998-02370-01(20525). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
90. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2017. Radicado No. 58677. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Concesionaria de los Andes S.A. Demandado: Agencia Nacional de Infraestructura.
91. Consejo de Estado, Sección Tercera; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; diciembre siete (7) de dos mil cinco (2005); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911).
92. Consejo de Estado, Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 73001-23-31-000-1997-5365-01(15705)DM
93. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607)
94. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; siete (7) de marzo de dos mil doce (2012); Radicación número: 54001-23-31-000-1997-02625-01(20745)
95. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veintinueve (29) de octubre (10) de dos mil quince (2015);

- Radicación número: 25000-23-15-000-2004-00447-01(34801)
96. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz; seis (6) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00805-01(29365)
 97. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz(E); primero (1) de julio de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-36-000-2015-00207-01(54168);
 98. Consejo de Estado, Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz; dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02343 01(29225)
 99. Consejo de Estado, sentencia 21 de Agosto de 1972, C.P Humberto Mora Osejo
 100. Consejo de Estado, Sentencia de 16 de mayo de 1991 C.P. Alvaro Lecompte, Consejo de Estado, Sentencia de 28 de agosto de 1992, C.P. Miguel González Rodríguez
 101. Consejo de Estado, sentencia del 10 de agosto de 1961 C.P Carlos Gustavo Arrieta.
 102. Consejo de Estado, Sentencia del 26 de febrero de 2015, Exp: 2014-1114. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
 103. Consejo de Estado, Sentencia del 26 de Octubre de 1.995, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez
 104. Consejo de Estado, sentencia del 29 de Octubre de 1996 C.P. Daniel Suarez Hernández
 105. Consejo de Estado, Sentencia del 4 marzo 2003 Exp.05683. C.P. Manuel Santiago Urueta.

106. Consejo de Estado, Sentencias de la Sección Tercera de 4 de junio de 2008, Exp. 14169 y 17783, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; de 26 de abril de 2006, Exp. 16041 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.
107. Consejo de Estado, Sentencias de la Sección Tercera: de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; de 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809; de 24 de octubre de 1996, Exp. 11632, M. P. Daniel Suárez Hernández; de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, M. P. Juan de Dios Montes Hernández; de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797; de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, M. P. Maria Elena Giraldo Gómez; de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; de 4 de julio de 2002, Exp.21217, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 20 de junio de 2002, Exp. 19488 y de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012, M. P. Ricardo Hoyos Duque; de 1º de agosto de 2002, Exp. 21041, M. P. Germán Rodríguez Villamizar; de 25 de noviembre de 2004, Exp.25560, M. P. Germán Rodríguez Villamizar; de 8 de junio de 2006, Exp.32398, M. P. Ruth Stella Correa Palacio; de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.; de 26 de marzo de 2008, Exp. 34071; de 21 de mayo de 2008, Exp. 33643. De 13 de agosto de 2008. Exp. 34594. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.
108. Consejo de Estado. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; trece (13) de septiembre de (1999); Radicación número: 10264.
109. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 16 de marzo de 2005, Exp. 27.921
110. Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio Sentencia de 13 de junio de 2011. Expediente n.º 19336.
111. Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio Sentencia de 13 de junio de 2011.
112. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de mayo de 1998. Exp. No. 10539. M.P. Ricardo Hoyos Duque; Posición que ya había sido adoptada en la

- sentencia del 9 de abril de 1988. Exp. Acumulados 3528, 3529 y 3544. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.
113. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007; nulidad de disposiciones del decreto reglamentario 2170 de 2002; fundada en el contenido del artículo 29 original de la ley 80 de 1993.
114. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de abril de 1999. Expediente 11344. M.P. Daniel Suarez Hernández. Reiterada, entre otras, en sentencia del 18 de mayo de 2000. Exp. 11.725. M.P. Ricardo Hoyos Duque.
115. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Radicado No. 34594. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Actor: Drummond Limited. Demandado: Minercol e Ingeominas.
116. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de mayo de 1992. Radicado No. 5326. M.P. Daniel Suarez Hernández. Actor: Carbones de Colombia S.A. -CARBOCOL. Demandado: Consorcio Domi Prodeco Auxini.
117. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997. Radicado No. 10882. M.P. Juan de Dios Montes Hernández. Actor: Sociedad Pinski Asociados S.A. Demandado: Carbocol.
118. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Radicación número: 10775. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
119. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Radicado No. 38621. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Varela Fiholl & Compañía Ltda., y Otro Demandado: Secretaria de Educación de Bogotá.
120. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de mayo de 1987. Expediente: 4043. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

121. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de febrero de 2000. Radicado No. 16394. M.P. Germán Rodríguez Villamizar. Actor: Consorcio Hispano-Alemán. Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra -ETMVA.
122. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Radicado No. 38379. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Unión Temporal JPC. Demandado: Empresa Colombiana de Gas -ECOGAS.
123. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de agosto de 1990. Radicado No. 5762. M.P. Gustavo De Greiff Restrepo. Actor: Consorcio Arquitectos e Ingenieros Asociados. Demandado: Fondo Aeronáutico Nacional.
124. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de mayo de 1998; Exp. 10539. M.P. Ricardo Hoyos Duque.
125. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de mayo de 1987.
126. Radicado No. 4768. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Actor: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL. Demandado: Mitsubishi, Distral y Condisa.
127. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de noviembre de 2012. Radicado No. 39332. M.P. Hernán Andrade Rincón. Actor: Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Otros. Demandado: Isagen S.A.
128. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicado No. 37788. M.P. Enrique Gil Botero. Actor: Víctor Raúl Romero Silva y Otro. Demandado: Sociedad Fiduciaria Central S.A.
129. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002. Radicado No. 20356. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Actor: Fabrica de Licores del Tolima. Demandado: Sociedad Escobar y Arias S.A.

130. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 2002, radicación 21217, ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.
131. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1997. Radicado No. 7903. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Actor: Cesar Enrique Caicedo López Demandado: Ministerio de Minas y Energía.
132. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicado No. 16973. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Consorcio Amaya-Salazar. Demandado: Instituto de Valorización de Manizales.
133. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Radicado No. 42497. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P. Demandado: Eco Systems Ltda.
134. Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2015, expediente 53877; Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 42494,
135. Consejo de Estado. Sentencia del 3 de diciembre de 2015, expediente 52678.
136. Consejo de Estado: Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006) Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041).
137. Consejo de Estado: Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; cuatro (4) de septiembre de dos mil tres (2003); Radicación número: 25000-23-26-000-1989-05337-01(10883).
138. Consejo de Estado: Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar; veintiséis (26) de febrero de dos mil cuatro (2004); Radicación: 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043);

139. Consejo de Estado: Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; veintinueve (29) de mayo de dos mil tres (2003); Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577).
140. Consejo de Estado: providencia de fecha 24 de agosto de 1990; expediente 5712, actor: Sociedad Peña Franco y Asociados; el 1 de octubre de 1992, expediente 5780; el 14 de junio de 2001, expediente 13793, actor: Sadeico; el 11 de marzo de 2004, expediente 13355, actor: Rodrigo Garrido Vélez.
141. Consejo de Estado: providencia de fecha 3 de abril de 2001, Exp. A.P 0089; sentencia de fecha 06 de Septiembre de 2001, Exp. A.P 057; sentencia de fecha 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, la sentencia del 4 de Abril de 2002, Exp. A.P 897., Sentencia de fecha 16 de Agosto de 2003, Exp. AP1768, Sentencia de fecha 25 de enero de 2001, Exp. A.P 156 y la Sentencia 5 de Julio de 2001, Exp. A.P 068.
142. Consejo de Estado: sentencia de fecha 29 de mayo de 2003, acción popular 2599. sentencia de fecha 04 de Septiembre de 2003, acción popular 435; sentencia de fecha 31 de octubre de 2002, acción popular 518; sentencia de fecha 26 de septiembre de 2002, acción popular 612; sentencia de fecha 10 de Julio de 2002, acción popular 465; sentencia de fecha 19 de Julio de 2002, acción popular 098; sentencia de fecha 12 de febrero de 2001 acción popular 008; sentencia de fecha 30 de Noviembre de 2000, acción popular 115 y la sentencia del 25 de Enero de 2001, expediente 158.
143. Consejo de Estado; Sección Tercera, auto del 26 de febrero de 2004, Rad. 25094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
144. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E); cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015); Radicación número: 52001-23-33-1000-1999-01235-02(38785)
145. Consejo de Estado; providencia del quince (15) de agosto de dos mil dos (2002); expediente: 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923).

146. Consejo de Estado; providencia del quince (15) de agosto de dos mil dos (2002); expediente: 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923).
147. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A"; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; 26 de noviembre de 2014; Radicación número: 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297)
148. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola; cuatro (4) de marzo del dos mil tres (2003); Radicación número: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030); Corte Constitucional - sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002 y el artículo 137 y 138 CPACA).
149. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 14 de febrero de dos mil doce (2012); Radicación número: 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38.924).
150. Consejo de Estado; Sección Quinta; Consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buritica; cinco (5) de junio de dos mil tres (2003); Radicación número: 25000-23-25-000-2002-0034-01(AP). Sección Quinta; Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla; once (11) de octubre de dos mil dos (2002); Radicación número: 73001-23-31-000-2002-1351- 01(AP-641)
151. Consejo de Estado; Sección Quinta; Consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buritica; cinco (5) de junio de dos mil tres (2003); Radicación número: 25000-23-25-000-2002-0034-01(AP). Sección Quinta; Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla; once (11) de octubre de dos mil dos (2002); Radicación número: 73001-23-31-000-2002-1351- 01(AP-641)
152. Consejo de Estado; Sección Segunda; Subsección "A"; Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012);Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00058-00(AC)

153. Consejo de Estado; Sección Segunda; Subsección "A"; Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012); Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00058-00(AC)
154. Consejo de Estado; Sección Tercera auto del 16 de marzo de 2005, Rad. 27934, C.P. María Elena Giraldo
155. Consejo de Estado; Sección Tercera del Consejo de Estado: Sentencia de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165; Sentencia de 6 de mayo de 1992, Exp. 6661
156. Consejo de Estado; Sección Tercera Sección Tercera, auto del 26 de febrero de 2004, Rad. 25094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
157. Consejo de Estado; Sección Tercera Sección Tercera, la sentencia de 10 de julio de 1990, Rad. 5782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo
158. Consejo de Estado; Sección Tercera Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 73001-23-31-000-1997-5365-01(15705)DM
159. Consejo de Estado; Sección Tercera Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; siete (7) de marzo de dos mil doce (2012); Radicación número: 54001-23-31-000-1997-02625-01(20745); Sección Tercera.
160. Consejo de Estado; Sección Tercera Sección Tercera; Subsección B; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo; seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00741-01(27506)
161. Consejo de Estado; Sección Tercera- Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013); Radicación: 68001231500019980112201.

162. Consejo de Estado; Sección Tercera -Subsección B; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; 20 de febrero de 2014; Radicación No. 700012331000199706354 01.
163. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014); Radicación: 250002326000199902858 01.
164. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; (13) de junio de dos mil trece (2013); Radicación:17001-23-31-000-2000-00001-01 (23.730).
165. Consejo de Estado; Sección Tercera -Subsección B; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; 28 de febrero de 2013; Radicación n°:250002326000200000732 01.
166. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; marzo siete (7) de dos mil doce (2012); Radicación: 7300123310001998001405-01.
167. Consejo de Estado; Sección Tercera - Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; marzo siete (7) de dos mil doce (2012); Radicación: 7300123310001998001405-01.
168. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009); RADICACIÓN:850012331000199800066 01.
169. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero: Ponente: Enrique Gil Botero; veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009); No. interno:29.699; Radicación número: 250002326000200301686 0.
170. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero: Ponente: Enrique Gil Botero; veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009); Radicación número: 250002326000200301686 0.

171. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008); Proceso número:70001233100001997630301.
172. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007); Radicación número: 23001233100019990848301 (16852);.
173. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Saavedra Becerra, Ramiro; 7 de junio de 2007; Expediente: 14669.
174. Consejo de Estado; Sección Tercera; diecisiete (17) de julio de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra; Expediente No.: 52001-23-31-000-1995-07018-01.
175. Consejo de Estado; Sección Tercera Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz; treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011); Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).
176. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintiséis (26) de mayo de dos mil cinco (2005); Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00476-01(25341)
177. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintiséis (26) de mayo de dos mil cinco (2005); Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00476-01(25341)
178. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006); Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041).
179. Consejo de estado; sección Tercera; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; diciembre siete (7) de dos mil cinco (2005); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911)

180. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; diciembre siete (7) de dos mil cinco (2005); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911)
181. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2001). Radicación número: 11001-03-26-000-1994-9840-01(9840) .
182. Consejo de Estado; Sección Tercera: Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 11001-03-26-000-1997-02932-01(12932).
183. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; primero (1) de junio de dos mil (2000) Radicación número: 12038 y 14092
184. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013); Radicación: 17.859 (R-0035);
185. Consejo de Estado; auto de fecha once (11) de febrero de dos mil catorce (2014). Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón Radicación: 199902436 02 (R-27147).
186. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; diez (10) de marzo de dos mil once (2011); Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666)
187. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; catorce (14) de abril de dos mil diez (2010); Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B).
188. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta; Julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990); Radicación número: 5860

189. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; cuatro (4) de marzo de dos mil ocho (2008); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02724-01(31120)
190. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; siete (7) de junio de dos mil uno (2001).Radicación número: 23001-23-31-000-1995-7068-01(13405).
191. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; siete (7) de junio de dos mil uno (2001).Radicación número: 23001-23-31-000-1995-7068-01(13405).
192. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Tres (3) de febrero de dos mil (2000); Radicación Número: 10399
193. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; quince (15) de agosto de dos mil dos (2002); Radicación número: 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923).
194. Consejo de Estado; Sección Tercera; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; quince (15) de agosto de dos mil dos (2002); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-3599-01(13862).
195. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección "B"; Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero; veintinueve (29) de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00038-00 (39.040).
196. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección "C"; C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015); radicación: 50001-23-15-000-2000-00196-01 (30.161).
197. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00045-01(54794)

198. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00692-02(49025).
199. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; Dos (2) de Febrero de dos mil diecisiete (2017); Radicación Número: 47001-23-33-000-2014-00045-01(54794)
200. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E); catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01437-01(52378).
201. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03862-01(32434).
202. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; noviembre trece (13) de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02922-01(28479)
203. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E); veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01071-01(36978).
204. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E) ; doce (12) de marzo de dos mil quince (2015); Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00004-00(33595).
205. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; doce (12) de febrero de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03058-01(25395).

206. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; noviembre trece (13) de dos mil trece (2013); Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02922-01(28479).
207. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E); catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01437-01(52378).
208. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03862-01(32434).
209. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014); Radicación número: 76001-23-31-000-1999-02326-01(24454).
210. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; Marta Nubia Velásquez Rico; veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607)
211. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1997-00663-01(32113).
212. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo
213. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo; seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00741-01(27506)
214. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veintinueve (29) de octubre (10) de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-15-000-2004-00447-01(34801).

215. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15290-01(28342).
216. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011); número interno: 18293
217. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; Consejero ponente: Dr Ramiro Pazos Guerrero veintinueve (29) de agosto de 2013; Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00038-00(39040).
218. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz (E); veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015); Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00006-00(33635)
219. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Mélida Valle de La Hoz; trece (13) de abril de dos mil once (2011); Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03040-01(18878)
220. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz (E); veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015); Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00006-00(33635).
221. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz(E); primero (1) de julio de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-36-000-2015-00207-01(54168).
222. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz; seis (6) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00805-01(29365).
223. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz; dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02343 01(29225).

224. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz (E); seis (6) de mayo de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837).
225. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz (E); tres (3) de junio de dos mil quince (2015); Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00613-01(31211).
226. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012); Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043).
227. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz; tres (3) de diciembre de dos mil doce (2012); Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00342-01(22642).
228. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014); Radicación número: 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332).
229. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; doce (12) de junio de dos mil catorce (2014); Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324).
230. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015).Radicación número: 54001-23-31-000-2006-01194-01(38936)
231. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 54001-23-31-000-2006-01194-01(38936)

232. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013); número interno: 25.642.
233. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014); Radicación:25000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083)
234. Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C;; Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz; nueve (09) de julio de dos mil catorce (2014); Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15154-01(26333).
235. Consejo de Estado; Sección Tercera-Subsección B; Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth; treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014); Radicación:250002326000200101531 01.
236. Consejo de Estado; Sentencia del 10 de marzo de 1994, expediente No. 6.436.
237. Consejo de Estado; sentencia del 16 de febrero de 2001; C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 12907.
238. Consejo de Estado; sentencia del 16 de febrero de 2001; C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 12907.
239. Consejo de Estado; Sentencia del diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), expediente No. 6.436.
240. Consulta de fecha 16 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Oswaldo Abello Noguera; Concepto de 5 de mayo de 1999, Rad. 1190, C. P. Javier Henao Hadrón;
241. Corte Constitucional: C-147 del 19 de marzo de 1997 (Antonio Barrera Carbonell)
242. Corte Constitucional C-250/12 M.P. Humberto Sierra Porto.

243. Corte Constitucional en la Sentencia C- 1064 de 10 de octubre 2001, frente al concepto de Estado Social de Derecho. MP. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa. Dr. Jaime Cordoba Triviño
244. Corte Constitucional Sentencia C-426 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil
245. Corte Constitucional Sentencia C-506 del 10 de noviembre de 1994.
246. Corte Constitucional Sentencia del 9 de noviembre de 2000. Radicado No. 5826. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor. Hernán Fabio López Blanco.
247. Corte Constitucional Sentencia C-259-08 de 11 de marzo de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.
248. Corte Constitucional Sentencia C-300-12 de 25 de abril de 2012, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
249. Corte Constitucional Sentencia C-353-09 de 20 de mayo de 2009, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
250. Corte Constitucional Sentencia C-380-08 de 22 de abril de 2008, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
251. Corte Constitucional Sentencia C-693-08 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
252. Corte Constitucional Sentencia C-713-09 de 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente Dr. María Victoria Calle Correa.
253. Corte Constitucional Sentencia C-736-08 de 23 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
254. Corte Constitucional Sentencia C-892-01 de 22 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

255. Corte Constitucional Sentencia C-942-08 de 1 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
256. Corte Constitucional, Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), Referencia: expediente D-9917. Actores: María Fernanda Zambrano Guevara y Daniel Ricardo Rincón Riaño.
257. Corte Constitucional, Expediente D-11213., providencia de fecha 17 de agosto de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
258. Corte Constitucional, mediante Sentencia C-088 de 2000,
259. Corte Constitucional, Sentencia C -620 del 2012.
260. Corte Constitucional, Sentencia C-1064 del 10 de octubre 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño
261. Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis,
262. Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
263. Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
264. Corte Constitucional, Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.
265. Corte Constitucional, sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz
266. Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

267. Corte Constitucional, sentencia C-478 del 9 de septiembre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero
268. Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2011.
269. Corte Constitucional, Sentencia C-693 del 8 de julio de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
270. Corte Constitucional, Sentencia C-772 del 10 de diciembre de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz
271. Corte Constitucional, Sentencia C-897 del 10 de noviembre de 1999; MP: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
272. Corte Constitucional, Sentencia No. C-454 del 20 de octubre de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
273. Corte Constitucional, Sentencia SU-360 de 1999, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
274. Corte Constitucional, sentencia T - 427 del 10 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
275. Corte Constitucional, sentencia T – 533 del 23 de septiembre de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
276. Corte Constitucional, sentencia T – 566 del 30 de noviembre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
277. Corte Constitucional, Sentencia T-427 del 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
278. Corte Constitucional, Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

279. Corte Constitucional, Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.
280. Corte Constitucional, Sentencia C-259 del 11 de marzo de 2008, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
281. Corte Constitucional, Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, MP. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
282. Corte Constitucional, Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008, MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
283. Corte Constitucional, Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
284. Corte Constitucional, Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
285. Corte Constitucional, Sentencias: T-046 del 10 de febrero de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-138 del 9 de abril de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-478 del 9 de septiembre de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero; y T-364 del 20 de mayo de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
286. Corte Constitucional, Sentencias: T-046 del 10 de febrero de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-138 del 9 de abril de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-478 del 9 de septiembre de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero; y T-364 del 20 de mayo de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
287. Corte Constitucional. Referencia: expediente D-8422. Actor: Wilson Ruiz Orejuela. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

288. Corte Constitucional. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
289. Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.
290. Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002.
291. Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, exp. D-2268.
292. Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 8 de junio del 2004, M.P.: Rodrigo Uprymny Yepes
293. Corte Constitucional. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón
294. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
295. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
296. Corte Constitucional. Sentencia T-186 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
297. Corte Constitucional. Sentencia T-186 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
298. Corte Constitucional. Sentencias C-1144 de 2000 y T-072 de 2008.
299. Corte Constitucional. Sentencias C-564 de 2000 y T-200 de 2010
300. Corte Constitucional. Sentencias T-982 de 2004 y T-909 de 2009.

301. Corte Constitucional; Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa; siete (07) de octubre de dos mil nueve (2009). Sentencia C-713/09.
302. Corte Constitucional; Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C-136 de 1993.
303. Corte Constitucional; Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería. dieciséis (16) de marzo de dos mil cuatro (2004).
304. Corte Constitucional; Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012); Sentencia C-620/12.
305. Corte Constitucional; Sentencia C-1016 del 28 de noviembre de 2012, M.P., Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
306. Corte Constitucional: Sentencia C-965-03; sentencia C-620-12; sentencia C-949-01; Sentencia C-645-00; Sentencia C-721-99; C-868-99.
307. Corte Constitucional: Sentencia C-629-03 de 29 de julio de 2003, M. P. Dr. Alvaro Tafur Galvis; Sentencia C-374-94 de 25 de agosto de 1994, M. P. Dr. Jorge Arango Mejía Sentencia C-949-01 de 5 de septiembre de 2001, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández Sentencia C-230-95 de 25 de mayo de 1995, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-949-01 de 5 de septiembre de 2001, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil Sentencia C-489-96 de 26 de septiembre de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-178-96 de 29 de abril de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-221-96 de 16 de mayo de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-178-96 de 29 de abril de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-693-08 de 9 de julio de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-249-04 de 16 de marzo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Sentencia C-1514-00 de 8 de noviembre de 2000, M.P.(E) Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. Sentencia C-250-96 de 6 de junio de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. sentencia C-508-02 de 3 de julio de 2002. Sentencia C-400-99 de 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.Sentencia C-113-99 de 24 de febrero de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

- Sentencia C-892-01 de 22 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C-400-99 de 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
Sentencia C-452-99 de 10 de junio de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-016-13 de 23 de enero de 2013, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Sentencia C-154-97 de 19 de marzo de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. sentencia C-086-95de 1o. de marzo de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-563-98 de 7 de octubre de 1998, M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-006-01 de 17 de enero de 2001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-004-96 de 18 de enero de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-967-12de 21 de noviembre de 2012, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-623-99 de 25 de agosto de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-330-12 de 9 de mayo de 2012, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia C-388-96 de 22 de agosto de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
308. Corte Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett
309. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández. Sentencia de 23 de noviembre de 1989. Gaceta Judicial 2435.
310. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de septiembre de 2000, MP. José Fernando Ramírez Gómez.
311. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2006, Exp. 1998-10363-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo
312. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de junio de 1990, M.P. Pedro Lafont Pianeta.
313. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, expediente n.º 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P. William Namén Vargas

314. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente: Dr. Luis Sarmiento Buitrago. Gaceta Judicial, T. CXXXVII, p. 65.
315. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación, 11 de mayo de 1970. Gaceta No. 2326, 2327 y 2328.
316. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco; SC10103-2014; Ref: Exp. 11001 3103 036 2004 00037 01; cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014).
317. Corte Suprema de Justicia-; Sentencia de Casación de 12 de agosto de 2002, Exp. 6151.
318. Corte Suprema de Justicia-; Sentencia de Casación de 28 de junio de 1989.
319. Directiva 71/304/CEE del Consejo de 26 de junio de 1971
320. Directiva 77/63/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1976, relacionada con los procedimientos de adjudicación de los contratos público de suministro.
321. Sentencia de 12 de junio de 2008, Exp. 2002-0595, M.P. Juan Carlos Garzón Martínez. Sobre el análisis de diversas sentencias del Consejo de Estado (especialmente las de: 25 de noviembre de 1999, Rad. 10873, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 6 de julio de 2005, Rad. 14113, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 16 de febrero de 2001, Rad. 11689, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, y, 29 de agosto de 2007, Rad. 14854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

3. Leyes y demás documentos normativos

1. Acto Legislativo 02 de 2004, 27 de diciembre de 2014 (por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones).

2. **CIRCULARES: Circular Externa No. 1** (Publicidad en el Secop), **Circular Externa No. 2** (Plan Anual de Adquisiciones); **Circular Externa No. 3** (Ley de Garantías Electorales); **Circular Externa No. 4** (Capacidad Residual- derogada por la Circular 11); **Circular Externa No. 5** (Identificación y Cobertura del Riesgo - modificada por la Circular 8); **Circular Externa No. 6** (Contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación);**Circular Externa No. 7** (Incentivos a los bienes agropecuarios nacionales);**Circular Externa No. 8**– Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo - modifica la Circular 5); **Circular Externa No. 9** (Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación); **Circular Externa No.10** (Expedición de manuales y guías);**Circular Externa No.11** (Capacidad Residual en los Procesos de Contratación -modificada por la Circular 14); **Circular Externa No.12** (Clasificador de Bienes y Servicios); **Circular Externa No.13** (Subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje); **Circular Externa No.14** (Actualización Capacidad Residual-modifica la Circular 11); **Circular Externa No.15** (Documentos tipo contratos plan); **Circular Externa No.16** (Actualización manual de requisitos habilitantes- sustituye parcialmente la Circular 10); **Circular Externa No.17** (Manejo de documentos en Procesos de Contratación); **Circular Externa No.18** (Aplicación Ley de Garantías Electorales para el 2015- sustituida por la Circular 19); **Circular Externa No.19** (Aplicación Ley de Garantías Electorales para el 2015- sustituye integralmente la Circular 18); **Circular Externa No.20** (Publicidad en el SECOP para sistemas de contratación en línea de EICES, SEM y ESP); **Circular Externa No.21** (Uso del SECOP II para crear, conformar y gestionar los expedientes electrónicos del Proceso de Contratación); **Circular Externa No.22** (Acreditación para la formación académica); **Circular Externa No.23** (Calidad y oportunidad de la información del Sistema de Compra Pública disponible en el SECOP); **Circular Externa No.24** (Aplicación Ley de Garantías Electorales para el 2017 y 2018); **Circular Externa No. 25** (Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad).
3. Código Civil Colombiano
4. Código de Comercio Colombiano
5. Código de los Contratos de la Academia IUS PRIVATISTA EUROPEA (Código de Pabia)

6. Concepto No. 2260 de agosto 10 de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, relacionado con la regulación en contra de la corrupción.
7. Constitución Política de Colombia
8. Decreto - Ley 19 del 10 de enero de 2012 (Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública)
9. Decreto 01 de 1984 del 2 de enero de 1984 (Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo).
10. Decreto 1436 del 27 de julio de 1998 (Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros)
11. Decreto 1448 del 30 de agosto de 1995 (Por el cual se reglamenta la forma de otorgar las concesiones de algunos servicios de telecomunicaciones, la normatividad aplicable a algunas peticiones en curso y se fijan otras disposiciones)
12. Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 (Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública)
13. Decreto 287 del 9 de febrero de 1996 (Por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993)
14. Decreto 4109 del 2 de noviembre de 2011 (Por el cual se cambia la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Salud - INS y se determina su objeto y estructura)
15. Decreto- Ley 150 del 18 de febrero de 1976 (Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas)
16. Decreto- Ley 222 del 6 de febrero de 1983 (por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones)

17. Decreto- Ley 2651 del 25 de noviembre de 1991 (Por el cual se expiden normas transitorias para Descongestionar los Despachos Judiciales)
18. Decreto- Ley 4819 del 29 de diciembre de 2010 (Por el cual se crea el Fondo Adaptación)
19. Directiva 2007/66/CEE del Consejo del 11 de diciembre de 2007.
20. Directiva 89/665/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1989.
21. Directiva 92/13/CEE del Consejo del 25 de febrero de 1992.
22. Gaceta del Congreso No 605 de 10 de agosto de 2016.
23. Informe rendido por la OCDE, en los quince años de vigencia (1999 -2014)
24. Ley 105 del 30 de diciembre de 1993 (por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones)
25. Ley 1082 2 del 26 de mayo de 2015 (Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional)
26. Ley 1148 del 10 de julio de 2007 (por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones)
27. Ley 115 del 8 de febrero de 1994 (Por la cual se expide la Ley General de Educación)
28. Ley 1150 del 16 de julio de 2007 (por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos)

29. Ley 1219 del 16 de julio de 2008 (por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados)
30. Ley 1437 del 18 de enero de 2011 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA).
31. Ley 1450 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011, 'Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.
32. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 (Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública)
33. Ley 1508 del 10 de enero de 2012 (por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones)
34. Ley 1523 del 24 de abril de 2012 (Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones)
35. Ley 1738 del 18 de diciembre de 2014 (por medio de la cual se proroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010)
36. Ley 1753 del 9 de junio de 2015 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país")
37. Ley 1778 del 2 de febrero de 2016 (por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción)
38. Ley 23 del 21 de marzo de 1991 (Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones)

39. Ley 361 del 7 de febrero de 1997 (Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones)
40. Ley 4179 del 3 de noviembre de 2011 (Por el cual se crea un Departamento Administrativo y se establece su objetivo, funciones y estructura)
41. Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 (Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones)
42. Ley 446 del 7 de julio de 1998 (por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia)
43. Ley 472 del 5 de agosto de 1998 (Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones)
44. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 (por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías)
45. Ley 80 de 1993 del 28 de octubre de 1993 (Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública)
46. Ley 805 del 11 de abril de 2003 (por la cual se transforma la naturaleza jurídica de la Universidad Militar Nueva Granada)
47. Ley 816 del 7 de julio de 2003 (Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública)
48. Ley 905 del 2 de agosto de 2004 (por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones)

-
49. Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 (por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.
50. Plan Nacional de Desarrollo (2010-2014)
51. Ponencia para primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes del Proyecto de Ley No. 285 de 2017 Cámara, 084 de 2016 Senado de fecha 13 de junio de 2017 (Reforma a la Ley 80 de 1993)
52. Principios UNIDROIT
53. Proyecto de Ley No. 84 de 2016, 9 de agosto de 2016 (por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia.
54. Proyecto de Reforma al Estatuto de Contratación Pública.
55. Revista española de derecho administrativo. Núm. 6. 1975. Pp. 427-448, Sobre los derechos Subjetivos. Citado en: Medina Alcoz, Luis. Libertad y Autoridad en el Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. 2016.