



Revista Digital de Derecho Administrativo  
ISSN: 2145-2946  
Universidad Externado de Colombia

Montaña, Alberto; García, Pedro Zapata  
La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo  
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 27, 2022, pp. 45-72  
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.03>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503872656003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

# La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo

ALBERTO MONTAÑA<sup>1</sup>  
PEDRO ZAPATA GARCÍA<sup>2</sup>

## RESUMEN

Pese a la paradoja de calificar como "especial" un contrato estatal por regirse por el derecho privado, el hecho de que se celebren en gran cantidad y los problemas cotidianos de su estudio e interpretación justifican un esfuerzo

- 1 Doctor en Derecho Público de la Universidad de Bolonia, Bolonia, Italia. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Magistrado del Consejo de Estado. Correo-e: alberto.montana@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4024-8428>.
- 2 Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, España. Profesor de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Magistrado auxiliar del Consejo de Estado. Correo-e: pedro.zapata@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9752-2240>. Fecha de recepción: 1.º de julio de 2021. Fecha de modificación: 8 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: MONTAÑA, ALBERTO, y ZAPATA GARCÍA, PEDRO, "La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2022, pp. 45-72. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.03>.

de claridad conceptual y teórica, entre otras, para permitir el control judicial efectivo de una jurisdicción que ha construido su objeto a partir de la comprensión de "instituciones" jurídico administrativas. Desde la constatación de una realidad que se aleja de las pretensiones de unidad que caracterizaron al contrato estatal en el Estatuto General, este artículo pretende identificar los principales problemas estructurales y proponer un orden conceptual de ellos, a efectos de sentar las bases de un control judicial coherente y consecuente.

**Palabras clave:** contratación estatal, contratos públicos, contrato de derecho privado, control judicial, jurisdicción competente.

## The Need for Conceptual and Theoretical Clarity Regarding Public Contracts Ruled by Private Law, As A Tool for Effective Judicial Control

### ABSTRACT

It is unfortunate public contracts are labelled "especial" in nature when they are ruled by private law, since this type of public contracts are, in fact, highly common. The plethora of issues related to their analysis, justifies an effort to try to clarify some controversial ideas that are paramount to their judicial review. After making clear that we do not have a general instrument that rules every single contract that the Administration executes, this paper will intend to identify the main problems related to this topic and to introduce some kind of conceptual order and prerequisites necessary to facilitate a thorough and coherent judicial review of these contracts.

**Keywords:** Public Procurement, Public Contracts, Private Law, Judicial Control, Competent Jurisdiction.

### INTRODUCCIÓN

La sustantividad del contrato estatal ha sido un concepto constantemente recurrido y extraordinariamente debatido en la doctrina jurídico-administrativa. La justificación misma de un régimen jurídico propio para los contratos que celebra el Estado, en oposición a los contratos celebrados por los particulares,

ha acompañado, de antaño, el devenir del contrato público<sup>3</sup>. La doctrina, al referirse al contrato administrativo, lo ha calificado como "un concepto que ha dado lugar a continuas polémicas doctrinarias, a miles de páginas escritas desde hace más de un siglo, a una jurisprudencia masiva, a veces confusa y contradictoria, y a continuas reglamentaciones de leyes y decretos, que se suceden año tras año en todos aquellos países en que ha sido aceptada esta figura. Sin duda algo enigmático y contradictorio, encierra una institución jurídica que ha necesitado tantas explicaciones"<sup>4</sup>.

De cara a las diversas explicaciones o justificaciones, los ordenamientos jurídicos han recorrido caminos disímiles frente a la configuración y reglamentación de los contratos del Estado. Algunos, como el Reino Unido de Gran Bretaña<sup>5</sup> y Alemania<sup>6</sup>, pueden considerarse ejemplos paradigmáticos de países que se gobiernan por normas de derecho privado (en especial en su ejecución, toda vez que la preparación y la adjudicación han sido enormemente impactadas por las lógicas derivadas del derecho europeo). Mientras que Estados como Francia, España y varios latinoamericanos<sup>7</sup> han reservado espacios exclusivos al derecho público para disciplinar las distintas fases de la contratación administrativa.

3 Esta es, en estricto sentido, una realidad predicable de toda la disciplina jurídico-administrativa, en la que el contrato estatal ha jugado un significativo papel de cara a la justificación misma del derecho administrativo. Basta observar cómo, desde una de las primeras sistematizaciones sobre la materia, los actos de autoridad y los actos de gestión, en la distinción de origen francés se acudía a la actividad privada, a la actividad contractual, para tratar de justificar la concepción dual de la actuación administrativa. Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 41, 1963, pp. 99-130, para quien "una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del derecho administrativo" (p. 111).

4 GASPAR ARIÑO ORTIZ, "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007, pp. 79-0.

5 Cfr. PAUL CRAIG y MARTIN TRYBUS, "England and Wales", en Rozen Noguellou y Ulrich Stelkens, *Comparative Law on Public Contracts*, Bruselas: Bruylant, 2010, pp. 339-366; EVA NIETO GARRIDO, "El derecho de la contratación pública en el Reino Unido", en Miguel Sánchez Morón (Dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Madrid: Lex Nova, 2011, pp. 183-234.

6 Cfr. PATRICIA GOTTSCHAU, "La contratación pública en Alemania", en Juan Carlos Cassagne (Dir.), *Tratado general de los contratos públicos*, Buenos Aires: La Ley, 2013, pp. 621-653; ALEJANDRO HUERGO LORA, "El derecho de los contratos públicos en Alemania", en Miguel Sánchez Morón (Dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Madrid: Lex Nova, 2011, pp. 100-121; MAURER HARTMUT, *Derecho administrativo Parte General*, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 371 y ss.

7 Cfr. JOSÉ LUIS BENAVIDES y PABLO MORENO CRUZ (Eds.), *La contratación pública en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

Al final, mientras que algunos ordenamientos decidieron colorear de notas de derecho administrativo la contratación de los entes estatales, otros concibieron que cuando entidades con poderes públicos contratan, lo hacen en las mismas condiciones que los particulares. En ambos casos las discusiones son extensas, ricas, desesperantes e interminables<sup>8</sup>. Con apoyo en la doctrina, se sabe, además, que los países que han conservado una visión más cercana al derecho común (civil y comercial) para los contratos que celebra el Estado, tampoco "han corrido mejor suerte", pues allí sus relaciones bilaterales también están plagadas de particularismos propios de los privilegios que suelen acompañar la presencia del Estado.

En este escenario paradójico, los ordenamientos jurídicos que, como el colombiano, optaron por erigir un régimen jurídico especial y particularizado con altas dosis de derecho público para las relaciones jurídico-negociales del Estado, se han visto en la necesidad de crear reductos donde gobiernan las normas de derecho común, islas de ordenación jurídica privada (que en nuestro país parecen, cada vez más, continentes) situadas frente a una aplicación genérica del derecho público.

Se observa, entonces, que la presencia del derecho común en las relaciones contractuales del Estado constituye una realidad conjunta y permanente en distintos lugares, bien sea por su aplicación a modo de regla general, bien como una excepción particularizada frente a las normas de derecho público. Frente a este tema, que ha sido un elemento histórico de la definición y formación misma del contrato estatal, podría parecer necio el querer volver. Sin embargo, existe una clara justificación marcada por una nota de actualidad, en especial en un ordenamiento jurídico como el colombiano, donde se escribe un importante capítulo del derecho administrativo, resultado del redescubrimiento de algunos juicios que se habían pasado por alto y que representan hoy enormes retos para la configuración misma del contrato público y para su control judicial, donde se discute desde la naturaleza jurídica misma de las actuaciones de una entidad pública que se rige por derecho privado en la preparación y ejecución del contrato, hasta la posibilidad del pacto y materialización de algunas facultades unilaterales en contratos celebrados por entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación Estatal, para solo mencionar dos ejemplos de estos desafíos.

De este modo, la lectura conjunta de las referidas islas y el tratar de ordenar, de sistematizar, de dar algo de sentido a los regímenes especiales y a las lógicas que se derivan de la aplicación del derecho privado a los contratos que celebra la administración, constituye el objeto del presente trabajo. No

8 Las discusiones de este lado del océano Atlántico son bastante conocidas; para una mirada sobre el tema en el Reino Unido, *cfr.* SUE ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres: Thomson Sweet-Maxwell, 2005.

se trata, entonces, de preguntarse, una vez más (como lo ha hecho tantas veces la doctrina), si tiene sentido la distinción entre contratos administrativos y contratos estatales de derecho privado, sino de explorar, partiendo de la existencia histórica de esta diferenciación, las variadas y, en ocasiones, inadvertidas consecuencias de dicha configuración.

Con este propósito se revisará, en un primer aparte, una situación histórica bien conocida: el Estatuto General de Contratación Estatal vigente en Colombia quiso dejar atrás las que consideró innecesarias e inclusive "absurdas" diferencias que encontraban fundamento en la aparición o no del derecho privado, y en contraste, concibió la categoría de contrato estatal con apoyo en un criterio orgánico, con la pretensión de un régimen jurídico único, en la medida de lo posible, caracterizado por reglas de derecho privado que debían ser compatibles con principios propios de los contratos públicos, y que, en algunos particulares e identificados casos, eran sustituidas por típicas normas de derecho administrativo. Estas, las más de las veces caracterizadas por atribución de prerrogativas públicas a los cocontratantes públicos y, en algunas oportunidades, por cargas de objetividad en el momento de escoger a sus contratistas.

Tal pretensión sin embargo no se logró y, por el contrario, se constata un número nada despreciable de contratos celebrados por sujetos públicos que se ciñen a "regímenes especiales". Se entiende por estos regímenes distintos a los dispuestos en el Estatuto de Contratación Estatal que, en no pocas oportunidades, se identifican con el derecho privado puro y duro, es decir, exentos de principios propios de los contratos públicos, pero sobre todo, exentos de normas especiales y, dentro de ellas, las que atribuyen prerrogativas públicas.

En el segundo aparte se intentará hacer una disposición sistemática de situaciones en las que estas reglas de derecho privado, ajenas a los cocontratantes que se rigen por el Estatuto de Contratación Estatal, traen consigo problemas interpretativos serios y recurrentes. Tal disposición, se anticipa, traerá consigo la identificación de muchas situaciones que ofrecen problemas interpretativos, dentro de las que se destacan algunas de carácter estructural, que se recogerán en tres frentes: naturaleza de actos jurídicos unilaterales que se profieren para y con ocasión de estos contratos (1); oportunidad de manifestaciones de prerrogativas públicas conocidas como facultades unilaterales o excepcionales contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal y que, como tales, desbordan el ejercicio ordinario de la autonomía de la voluntad (2); y oportunidad de manifestaciones de prerrogativas públicas concebidas para el desarrollo ordinario de entidades públicas, que se encuentran por fuera del Estatuto de Contratación Estatal (3).

Hecha, analizada y pretendida una ordenación conceptual y teórica de las referidas situaciones, se pasará, en un tercer aparte, a confrontar esta realidad con las dificultades propias de un juez (de la jurisdicción de lo

contencioso administrativo) que en la construcción histórica de su objeto se esboza como el juez de todos los contratos estatales, sin importar lo general o especial de su régimen, pese a que esto se haya logrado a partir del reconocimiento de instituciones jurídicas, dentro de las que ocupa un papel muy importante el acto administrativo.

## 1. LA FRUSTRADA PRETENSIÓN DE UNIDAD, LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y EL DERECHO PRIVADO

La identificación de los contratos estatales ha ocupado enormemente a la jurisprudencia y a la doctrina jurídico-administrativa. Esto es una realidad más aguda en ordenamientos como el francés, el español y el colombiano, en donde, al ampliarse las dosis de derecho público que rigen las relaciones bilaterales de la administración, se ha ampliado con ello la dificultad para determinar cuándo se está en presencia de un contrato público. Para la identificación del contrato estatal se ha acudido al auxilio de diversos criterios: los actos de autoridad y actos de gestión, el servicio público, las cláusulas exorbitantes, las formalidades del contrato, la naturaleza pública de los recursos y la presencia misma de una entidad u órgano estatal, todos ellos caminos controvertidos que no han tenido un desenlace pacífico<sup>9</sup>.

Resulta una realidad evidente y de fácil comprobación el que la Administración celebra un importante número de contratos, esto es, que el Estado no solo actúa unilateralmente sino que utiliza instrumentos bilaterales para cumplir sus fines, y que hoy en día lo hace a partir de contratos que pueden estar disciplinados, bien por el derecho administrativo<sup>10</sup>, bien por el derecho privado. Es precisamente en este panorama donde se inscribe lo que se ha calificado como el "objetivo frustrado del Estatuto de Contratación Estatal, de crear un estatuto universal"<sup>11</sup>, toda vez que, mientras que el Estatuto de

9 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 589-651.

10 Entendiendo por ello que se rige por dosis significativas de derecho administrativo, ya que, tal y como se indicará más adelante, no puede concebirse un contrato que se rija enteramente por un derecho administrativo, y que nada tenga que ver con el derecho privado, máxime en realidades como la colombiana en la que expresamente el Estatuto de Contratación Estatal remite a este subsistema normativo y se encarga de agregar a él principios propios y reglas específicas, estas sí susceptibles de calificarse como de derecho administrativo.

11 JOSÉ LUIS BENAVIDES, "Viabilidad de un verdadero estatuto general de contratación de la Administración pública", en José Luis Benavides, *Contratos públicos: Estudios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 103.

Contratación "tenía la intención de convertirse en el mínimo de derecho público común a todos los contratos del Estado"<sup>12</sup>, la realidad de la práctica, esto es, la proliferación de los regímenes exceptuados, habría terminado por desfigurar la pretensión original del legislador de 1993<sup>[13]</sup>.

Las razones para excluir de la observancia del Estatuto de Contratación Estatal a algunos contratos que celebra la Administración son de variada índole, pues el porqué de los regímenes especiales varía sustancialmente. En algunos casos tiene relación con unas lógicas de competencia en el mercado, como en el caso de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) o el de las empresas de servicios públicos (ESP), y en otros observa la importancia política del sector o de la actividad<sup>14</sup>, incluso puede justificarse desde la necesidad de flexibilización de la gestión contractual. A pesar del peso de las anteriores razones, para un sector de la doctrina estos objetivos eran perfectamente compatibles con el Estatuto General de Contratación, lo que desvirtuaba la necesidad de tener que acudir a un derecho privado, ya que ello tendría un "efecto perverso", distante de los objetivos de interés general predicables del contrato de derecho administrativo<sup>15</sup>.

En este sentido, para algunos autores debería existir un auténtico estatuto único de la contratación de las entidades estatales, pero de todas ellas, pues bastaría con acudir o bien a la ausencia de cláusulas excepcionales, o a la contratación directa, cuando ello sea necesario. De allí que se haya llegado a afirmar que la mayoría de las excepciones ponen de presente la "inutilidad de los regímenes especiales de derecho privado"<sup>16</sup>.

La justificación misma y las posibilidades reales de una ordenación única e integral de los contratos públicos bajo un único estatuto contractual seguirán siendo discutidas. Al respecto, bastará con recordar cómo para la propia Corte Constitucional la voluntad del constituyente, plasmada en el artículo 150 de la Constitución Política, no fue que se estableciera un estatuto único, sino un estatuto general<sup>17</sup>. En el entretanto, con la realidad actual, continuará siendo un significativo elemento de organización saber cuándo el Estado se debe despojar de su ropaje y celebrar contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, y cuándo debe conservar su investidura

12 ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS, *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*, Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 71.

13 *Ibid.*, p. 76.

14 GASPAR ARIÑO ORTIZ, "El enigma del contrato administrativo", p. 95.

15 JOSÉ LUIS BENAVIDES, "Viabilidad de un verdadero estatuto general de contratación de la Administración pública", *op. cit.*, p. 138.

16 *Ibid.*, p. 105.

17 Corte Constitucional, sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, expediente D-3277.

y contratar bajo la égida del derecho administrativo, una delimitación que tampoco ha sido pacífica.

La doctrina se ha pronunciado sobre lo que sería el valor relativo de esta distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración<sup>18</sup>, habida cuenta de que la formación de los contratos de derecho privado de la Administración es, en muchos aspectos, semejante a los contratos administrativos, a lo que se suman otras particularidades cercanas o de idéntico tratamiento, como la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento, las nulidades<sup>19</sup> y la misma ejecución contractual, consideraciones que hacen que la diferencia, que inicialmente se presentaba como fundamental, tienda a ser mucho menor de lo que se pensaba<sup>20</sup>. Con todo, la realidad de la práctica contractual en los regímenes exceptuados demuestra que la diferenciación trae consigo consecuencias muy significativas, con repercusiones fundamentales en materias como la configuración misma de los contratos, la naturaleza de algunas actuaciones y los criterios de valoración que debe realizar el juez de conocimiento, consideraciones que justifican, ampliamente, su estudio.

## 2. REQUERIMIENTOS CONCEPTUALES Y TEÓRICOS DE PARTICULARIDADES DERIVADAS DEL “RÉGIMEN ESPECIAL” DE DERECHO PRIVADO DE ALGUNOS CONTRATOS ESTATALES

Examinada la frustración de la pretensión de unidad de régimen que tuvo el Estatuto General de Contratación Estatal y, de esta manera, la coexistencia de contratos celebrados por sujetos públicos que se rigen por lo dispuesto en este y de otros que obedecen a regímenes especiales, se revisará en el presente numeral la especialidad que representan aquellos contratos en los que el legislador ha dispuesto que deben reglarse por el derecho privado. Con tal propósito y una vez puesta en evidencia que en estos casos no existe tal especialidad, se podrán de presente algunas singularidades de estos contratos que distinguiremos entre formales y estructurales. En relación con estas últimas, se pretenderá presentar algunas claridades conceptuales con el

18 Contratos estatales propiamente dichos y contratos estatales especiales, en la clasificación colombiana.

19 Cfr. JOSÉ LUIS BENAVIDES, “Identificación de las nulidades en los contratos estatales en Colombia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 25, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 55-107.

20 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “La figura del contrato administrativo”, *op. cit.*, p. 113.

propósito de lograr alguna delimitación teórica que permita su comprensión, interpretación y control judicial.

La sola consideración de algunos regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación Estatal, que se caracterizan por disciplinar sus contratos por reglas de derecho privado, constituye una paradoja. Por una parte, supone un desconocimiento flagrante de las relaciones estrechas entre los derechos civil y comercial, y el administrativo; y, por otra, lleva implícito el desconocimiento de la estructura y la esencia de dicho Estatuto, desde las que un régimen de derecho privado constituye la regla general de tratamiento y comprensión de estos contratos<sup>21</sup>.

En relación con lo primero, si se tiene en cuenta que una de las principales características del subsistema jurídico administrativo, desde su plano dogmático, es la de tomar (las más de las veces) instituciones propias del derecho privado y atribuirles tintes especiales<sup>22</sup>, puede concluirse que solo mentes ingenuas (como muchas veces son las de los administrativistas) pueden creer que los contratos administrativos sean instituciones jurídicas tan autorreferentes que puedan incluso obviar la realidad de ser contratos. Los contratos son por excelencia una construcción jurídica civil<sup>23</sup> y, en tal medida, si el legislador decide que en algunos casos, pese a que sean celebrados por sujetos públicos, se regirán por reglas de derecho privado, esto no tiene nada de "especial".

En lo que respecta a lo segundo, no se trata simplemente de recordar la remisión expresa que desde el Estatuto General de Contratación Estatal se hace a las normas civiles y comerciales (artículo 13). Tal remisión, en realidad, es más una materialización normativa de lo anterior, a la vez que un ingrediente esencial y caracterizador del régimen de los contratos estatales. Este está conformado por principios (predominantemente) de derecho público-administrativo, por reglas generales de derecho privado y por reglas especiales contentivas de altas dosis de derecho administrativo y, por ende, de prerrogativas públicas.

21 Al respecto, basta con observar las propias disposiciones de Ley 80 de 1993, que, en su artículo 13, señala: "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley". Asimismo, en el artículo 40 se determinó: "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".

22 Cfr. ALBERTO MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

23 Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1996.

Se recuerda esta peculiaridad de la acepción "regímenes especiales" para poner de presente que, cuando la "especialidad" de estos consiste en la no observancia de principios y de normas particulares, con altas dosis de derecho administrativo, en estricto sentido no se está frente a nada especial. Por ende, su alusión en estos términos, pese a considerarla impropia, será usada en este artículo para ser coherentes con el uso jurisprudencial y doctrinario nacional y con la comprensión de que lo especial se predica en relación con solo dos de los componentes del Estatuto General de Contratación Estatal (principios y reglas especiales)<sup>24</sup>.

Aclarado lo anterior, se pone de presente que existen diferencias conceptuales significativas, así como consecuencias diversas que se derivan del régimen jurídico aplicable a los contratos. De esta manera, mientras que para Gaston Jèze<sup>25</sup> no era posible comparar los resultados de la no ejecución de una obligación contractual entre particulares con la no ejecución contractual en un contrato administrativo, otros autores, como Bucher concluyen, que "en el terreno de la noción de la no ejecución de los contratos, no existe ninguna especificidad de un contrato respecto del otro"<sup>26</sup>. En otra ocasión, frente a las particularidades derivadas de los contratos administrativos comparados con los de derecho privado, De Laubadere concluyó que existía una diferencia fundamental en materia de la responsabilidad contractual administrativa frente a la responsabilidad contractual de derecho privado, habida cuenta de que en la primera se podría configurar una responsabilidad contractual sin culpa ("sans faute")<sup>27</sup>.

Los regímenes exceptuados involucran algunas singularidades propias de ese tratamiento de excepción, las cuales, en muchas ocasiones, han resultado desapercibidas, lo que ha significado que sus consecuencias pasen igualmente inadvertidas; sin embargo, por fortuna, estas singularidades han

24 En la terminología jurisprudencial y doctrinal colombiana resulta evidente que ha hecho carrera el reconocimiento de estos como *contratos estatales especiales*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14202. Reconocimiento que, en los términos indicados, nos parece antitécnico e impropio.

25 GASTON JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, París: Marcel Giard, 1934. Versión en español: *Principios generales del derecho administrativo*, t. V, *Teoría general de los contratos de la administración*, segunda parte, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950.

26 CHARLES-ÉDOUARD BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, París: Dalloz, 2011, p. 435.

27 Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", en André de Laubadère et al., *L'évolution du droit public: études offertes à Achille Mestre*, París: Sirey, 1956, pp. 383-394.

empezado a ser identificadas como reflexiones vitales sobre la contratación pública en Colombia<sup>28</sup>.

Creemos, sin embargo, que no todas estas singularidades deban y puedan ser estudiadas del mismo modo. Es evidente que, junto a algunas de naturaleza formal, existen otras de carácter estructural, cuyo estudio resulta fundamental para una comprensión teórica y conceptual más aguda de los contratos que se analizan. Como ejemplo de singularidades formales se encuentran: (1) el perfeccionamiento del contrato, el cual, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, ocurre cuando exista acuerdo entre el objeto y la contraprestación y se "eleve a escrito", lo que podría llevar a concluir que los contratos regidos por el derecho común no requerirían del requisito de constar por escrito, y que no le fueran aplicables, por ejemplo, algunas consideraciones relativas al enriquecimiento sin causa<sup>29</sup>; (2) la falta de límites porcentuales para pactar pagos anticipados y anticipos para las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación; (3) algunos razonamientos derivados de las leyes presupuestales; (4) la adición, prórroga, cesión y subcontratación; y (5) la exigencia de garantías como la garantía única de cumplimiento, para mencionar tan solo algunas de las discusiones que han sido traídas a colación recientemente por la doctrina<sup>30</sup>.

En contraste, existen singularidades estructurales, escasamente vinculadas con asuntos de procedimiento, que nos permitimos llamar de este modo porque, más que peculiaridades específicas derivadas de concepciones normativas, sirven en su conjunto para una comprensión más certera en un plano teórico y conceptual de estos contratos, y como referente de máxima importancia a la hora de interpretarlos y de resolver controversias que lleguen a suscitarse sobre su celebración, ejecución, y liquidación. Estas singularidades estructurales son: la naturaleza de los actos unilaterales que se produzcan para y como consecuencia de la celebración de este tipo de contratos (2.1); la posibilidad de pactar y hacer efectivas facultades unilaterales comprendidas en el Estatuto General de Contratación Estatal, como las multas, la cláusula penal pecuniaria, el pacto y el ejercicio de las cláusulas excepcionales, o la liquidación unilateral (2.2); y la posibilidad de ejercer prerrogativas públicas de clara estirpe contractual, pero que encuentran origen normativo por fuera del Estatuto General de Contratación Estatal (2.3).

28 Cfr., MARTA NUBIA VELÁSQUEZ (Ed.), *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*, Bogotá: Universidad Nacional, 2019.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897, y sentencia de 3 del agosto de 2020, exp. 52405.

30 MARTA NUBIA VELÁSQUEZ, "Régimen jurídico de los contratos celebrados por el Estado", en Marta Nubia Velásquez (Ed.), *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*, Bogotá: Universidad Nacional, 2019, p. 32.

## 2.1. NATURALEZA DE LOS ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES EN LA ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DE SUJETOS PÚBLICOS QUE SE RIGEN POR EL DERECHO PRIVADO

En algunas ocasiones, al tiempo que el legislador estableció que determinados contratos que celebren las entidades públicas se ríjan por el derecho privado, decidió también otorgar un régimen privado para regir sus actos. A título de ejemplo, mientras que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 estableció un régimen privado para los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios, el artículo 32 de la misma ley señaló, de igual manera, que sus actos se regirían "exclusivamente por las reglas del derecho privado". En similar sentido se expresa el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 (Ley de Ecopetrol), que apuntó que todos los actos jurídicos y contratos necesarios para desarrollar su objeto social se regirán "exclusivamente por las reglas del derecho privado"<sup>31</sup>.

Un panorama de derecho privado para los actos y los contratos. La naturaleza privada de algunos contratos que celebra la Administración es un escenario conocido y discutido; sin embargo, no hemos hecho lo propio sobre la naturaleza privada de los actos de una entidad estatal como Ecopetrol o de sujetos como las empresas de servicios públicos domiciliarios (sin mencionar las inquietudes sobre la verdadera naturaleza de entidad estatal o pública del prestador de servicios públicos domiciliarios, incluso, aunque tengamos respuestas, quizá no del todo satisfactorias, desde la jurisprudencia constitucional<sup>32</sup> y contencioso-administrativa<sup>33</sup>).

¿Qué significa y cuál es el verdadero alcance de haber disciplinado los actos de algunas entidades con la aplicación del derecho privado? El que el régimen aplicable para los actos sea el derecho privado conlleva, de entrada, importantes consecuencias, siendo la más obvia y significativa, aunque olvidada en ocasiones, el que, en efecto, los actos se ríjan por esa normativa y no por el derecho público. Luego de años de vigencia y de juiciosa aplicación de las leyes arriba referidas es inevitable concluir que en nuestro país no hemos reflexionado, verdaderamente, sobre el alcance y las repercusiones de esta particular configuración.

La naturaleza de actos privados, y su correspondiente exclusión de la categoría de acto administrativo, fue definida (y luego un tanto olvidada) años

31 Reflexión que es extensible a otros contratos y sectores, como el regido por la Ley 143 de 1994.

32 Corte Constitucional, sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007, expedientes D-6675 y D-6688 acumulados.

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de marzo de 2006, exp. 29703.

atrás por unas primeras manifestaciones jurisprudenciales<sup>34</sup>; sin embargo, desde la doctrina no se ha abordado este asunto, que también ha sido una deuda histórica de la jurisprudencia que empieza a saldarse. Precisamente, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo recientemente se ha puesto de presente que esa calificación de derecho privado de los actos "parece haberse echado al olvido, o mejor, pareciera recurrirse a ella a conveniencia, pues a veces se hace para señalar que los actos expedidos, al no tener la categoría de administrativos, no pueden ser objeto de los recursos administrativos, lo que tiene la consecuencia material de impedir su control, al tiempo que, en ocasiones, se acude a una categoría genérica como la de 'resolución' (o denominaciones similares), para adoptar aquello que materialmente termina teniendo la condición de acto administrativo"<sup>35</sup>.

En otros escenarios hemos puesto de presente que "el derecho administrativo, como disciplina, no debería estudiar, desde una perspectiva de organización, sino aquellas entidades susceptibles de un régimen normativo administrativo; y este último no puede comprenderse como totalizador de las relaciones jurídicas de una determinada entidad, sino, más bien, como una dosis, que puede ser mayor o menor, según la configuración atribuida por el legislador"<sup>36</sup>.

De cara a la perspectiva organizacional y a la configuración de las dosis dadas por el legislador, no queda más que clarificar, interiorizar y apropiar la naturaleza jurídica de los referidos actos adoptados durante la actividad contractual, para luego entender cómo realizar, en consecuencia, un control efectivo a los poderes reales y usurpados por la administración. Justamente, frente al silencio casi absoluto de la doctrina, la jurisprudencia lidera hoy el proceso de esclarecimiento, ofreciendo respuestas a partir de su labor de unificación, las cuales, aunque hayan sido concebidas para un sector específico (los prestadores de servicios públicos domiciliarios<sup>37</sup>), se constituyen en un claro referente para otros sectores exceptuados.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 1997, S-701. En la cual se concluyó: "los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (art. 32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1.º del art. 154, que serán materialmente actos administrativos".

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. 39.800.

36 ALBERTO MONTAÑA PLATA, "La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 166.

37 Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

Para dirimir la controversia (en nuestro sentir clarificada, en no pocas ocasiones, por el propio legislador) se ha acudido a criterios orgánicos y a la identificación del ejercicio de función administrativa para tratar de asemejar la presencia de actos administrativos "de carácter especial" con la existencia misma de una Administración, bajo la falacia que cae en la petición de principio de sobreentender que el acto debe ser administrativo porque lo adoptó una Administración<sup>38</sup>. Este entendimiento errado no solo desconoce los dictados del legislador, sino que es corto de miras, en especial si se tiene en cuenta que hoy en día pocos considerarían que todos los contratos de la Administración (con independencia del régimen aplicable) comparten los mismos elementos y características por el simple hecho de ser celebrados por la Administración.

De la mano de la referida jurisprudencia de unificación, que aportó a la necesaria claridad y concreción sobre la materia, se debe tener presente que los actos expedidos por las autoridades estatales durante las etapas precontractual y contractual, a los que el legislador les otorgó un régimen de derecho común, son actos jurídicos de derecho privado (que no actos administrativos). Esto tiene consecuencias importantes que van más allá que cualquier pretensión teórica, toda vez que, aunque la Administración, hipotéticamente, tenga mayores ventajas en términos de flexibilidad y de prontitud en relaciones contractuales regidas por el de derecho privado, en otro sentido pierde los privilegios de Administración que se desprenden de la aplicación del derecho administrativo a sus actos, como la presunción de legalidad, el privilegio de la decisión previa, la autotutela administrativa y la ejecutoriedad. Un ejemplo puede ayudar a soportar aquello a lo que nos referimos.

## 2.2. EL PACTO Y EL EJERCICIO DE PODERES O FACULTADES EXCEPCIONALES EN REGÍMENES CONTRACTUALES DE DERECHO PRIVADO

Lo primero que debe ser advertido es la indeterminación del contenido mismo de la categoría de poder o facultad unilateral o excepcional en el ordenamiento jurídico colombiano, frente a lo cual se ha recurrido al concepto genérico de facultad unilateral o poder excepcional, que contendrían, por un lado, las llamadas cláusulas excepcionales al derecho común comprendidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>[39]</sup> y, por el otro, las que constituirían

- 38 Consideración que ha sido extrapolada, incluso, a los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde se ha llegado a concluir que, dado que esta es la jurisdicción de los actos administrativos expedidos por las entidades públicas, todas las actuaciones de las que se ocupa deben compartir esa naturaleza, como si se tratara de una causa más que de una consecuencia.
- 39 Terminación, interpretación y modificación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión.

un grupo adicional de facultades unilaterales, dispersas en otras normas, como el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 o los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011<sup>[40]</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una controvertida distinción que, creemos, puede rastrearse hasta el concepto de arbitrabilidad del contenido de las facultades unilaterales de la Administración en los acuerdos de voluntades sometidos al Estatuto Contractual. Distinción originada en un entendimiento del Consejo de Estado<sup>[41]</sup>, para quien, en el momento en el que la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 en la sentencia C-1436 de 2000 (sobre las cláusulas compromisorias y el compromiso), cuando el tribunal constitucional concluyó que los árbitros "no t[enían] competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales", solo se refería a las potestades excepcionales de las que trataba el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, lo que hacía que esta limitación no fuese aplicable al resto de poderes unilaterales que hemos mencionados con anterioridad.

Esta diferenciación, más aparente que real<sup>[42]</sup> y que más que responder a un criterio de una verdadera naturaleza dispar, se explica por una clasificación jurisprudencial basada en la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre los actos dictados en ejercicio de poderes excepcionales<sup>[43]</sup>; lo que implica un primer reto para el entendimiento armónico de lo que a continuación se trata, esto es, la posibilidad de incluir facultades unilaterales en contratos estatales exceptuados del Estatuto Contractual.

Para abordar esta discusión (en la que omitiremos cualquier entendimiento escindido de las facultades unilaterales) resultará útil retener dos claves: (1) la necesidad de una habilitación legal para el ejercicio de competencias

40 Que incluyen la imposición de multas, la declaratoria de incumplimiento, la declaratoria del siniestro, la cuantificación del perjuicio, la liquidación unilateral y la terminación unilateral del contrato por algunas causales de nulidad absoluta, así como la facultad del gobierno de declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra en las causales legales relacionadas con la participación, promoción y otras conductas reprochadas frente a grupos armados organizados al margen de la ley.

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 36.252.

42 Bastará con preguntarse sobre la verdadera naturaleza diferencial de la declaratoria unilateral de incumplimiento frente a la declaratoria de caducidad, las cuales, por haber quedado disciplinadas en apartados normativos distintos, son objeto de un tratamiento artificial diverso.

43 Cfr. Ley 1563 de 2012, artículo 1; DANIEL OCAMPO LÓPEZ, "Régimen jurídico de los contratos celebrados por el Estado", en Marta Nubia Velásquez (Ed.), *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*, Bogotá: Universidad Nacional, 2019, pp. 95-111.

administrativas, y (2) la autonomía de la voluntad contractual como principio rector de los contratos. Dos connotaciones que entran en evidente contradicción a la hora de determinar la posibilidad de inclusión de facultades unilaterales en contratos regidos por el derecho privado.

De la mano del principio legalidad y de una de sus particulares manifestaciones, la de vinculación positiva a la ley por parte de la Administración pública, se concibe la habilitación normativa como presupuesto para el ejercicio de competencias administrativas y, en particular, para el ejercicio de prerrogativas públicas, habida cuenta de que una evidente manifestación del poder público no puede tener lugar al margen del ordenamiento jurídico, pues ello supondría un quebrantamiento a la esencia del Estado de derecho<sup>44</sup>.

En lo que respecta a los contratos estatales, de cara al pacto y al ejercicio de una facultad excepcional, su consagración expresa en el ordenamiento constituye un prerequisito de su materialización, entendimiento que significó (y aún lo sigue haciendo) un gran reto para la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el momento en el que desaparecieron (con la expedición de la Ley 80 de 1993) varias facultades (como la imposición de multas), las cuales solo fueron retomadas con la expedición de la Ley 1150 de 2007. A propósito del respeto por el principio de legalidad y por el debido proceso, un número considerable de declaratorias de incumplimiento e imposiciones de multas fueron consideradas ilegales como resultado de la falta de habilitación legal para su pacto y, sobre todo, para su ejercicio unilateral por parte de la Administración<sup>45</sup>.

En este contexto se inscribe un reciente movimiento jurisprudencial que ha significado un tránsito de una posición de total rechazo frente al pacto y ejercicio de las cláusulas excepcionales<sup>46</sup> en contratos estatales "especiales", a una en la que se permite el pacto de cláusulas llamadas "accidentales" tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación o la liquidación unilaterales, habida cuenta de que esos pactos, por no estar prohibidos en el derecho privado, serían igualmente concebibles en contratos estatales

44 Corte Constitucional, sentencia T-220 del 10 de marzo de 2005, expediente T-1008999.

45 Cfr., entre muchas otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2005, exp. 25.765; Sentencia de 29 de enero de 2014, exp. 26.869; Sentencia de 13 de mayo de 2015, exp. 29.657.

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414; auto del 20 de febrero de 2014, exp. 45.310, providencia en la cual se sostuvo: "es dable concluir que en aquellos eventos en los que la entidades públicas, por disposición legal, celebran contratos sometidos a las reglas de derecho privado, no les es posible pactar a su favor las cláusulas excepcionales o exorbitantes establecidas en el Estatuto General de la Contratación Estatal [...] la ejecución o cumplimiento unilateral de una cláusula excepcional o exorbitante en los contratos sometidos al derecho común es ilegal por comportar una potestad exclusiva del Estado, salvo que se ejerza bajo el amparo de una ley o norma superior".

regidos por el derecho común. Esto, en especial, si se entiende que "su ejercicio no implica una potestad exorbitante del Estado sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual que de consumo y en pie de igualdad las partes admitieron que pudiera ser ejercida por alguna de ellas"<sup>47</sup>.

En el intermedio se identifica una posición en la que se sostuvo que, aunque en los contratos estatales regidos por el derecho privado no era posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común (entiéndase las contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993); en virtud del principio dispositivo, el pacto de multas era posible en este tipo de contratos, aunque su imposición, de manera unilateral, no era viable, ya que la ley no había facultado a ninguna de las partes para hacerlas efectivas, esto es, para imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo, el cual, de llegar a expedirse, se encontraría viciado de nulidad por falta de competencia<sup>48</sup>.

Como se señaló, un nuevo entendimiento jurisprudencial se abre paso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que privilegia la autonomía de la voluntad de las partes en contratos regidos por el derecho privado. Así, si a los privados les está permitido pactar cláusulas unilaterales, en atención a su autonomía dispositiva<sup>49</sup>, cuando el Estado se comporta como tal, también debería de estarle permitido proceder de esa manera<sup>50</sup>.

Al tiempo que se abren las puertas y se modifican los entendimientos (resultado de la naciente concepción sobre el alcance de la autonomía dispositiva en los contratos estatales), se deben advertir los retos para la configuración dogmática y para su control judicial. Sobre lo primero, ya se indicó con anterioridad que con la división entre cláusulas excepcionales y potestades unilaterales se está desconociendo que esas prerrogativas comparten la misma naturaleza; esencia que consiste en permitirle a la Administración declarar o configurar, de manera unilateral, una realidad particular dentro de una relación contractual administrativa, o lo que es lo mismo, que otorgan una prerrogativa a la Administración para definir, unilateralmente, una

47 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2017, exp. 57.394.

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639.

49 Cfr. ERNESTO RENGIFO, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Legis, 2017; ERNESTO RENGIFO, "La modificación unilateral del contrato", en Emilssen González de Cancino, Édgar Cortés Moncayo y Felipe Navia (Eds.), *Estudios de derecho civil, en memoria a Fernando Hinestrosa*, t. II, *Contratos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 357-396.

50 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 2016, exp. 41.783; y sentencia del 20 de febrero de 2017, exp. 56.562.

situación jurídica, sin que tenga que mediar la voluntad o el consentimiento del contratista.

Por ello, cuando se observa el tratamiento dual que se le ha pretendido dar a las facultades unilaterales, se evidencia una gran ironía en el entendimiento actual, ya que las entidades que se gobiernen por el derecho público no podrán, en consideración a la falta de habilitación legal, pactar algún tipo de facultad unilateral sin el respaldo de una norma de habilitación, mientras que las que se ríjan por el derecho privado sí podrían hacerlo, en observancia de la autonomía de la voluntad. Y decimos ironía, habida cuenta de que los contratos que se rigen por el derecho público lo hacen, principalmente, en consideración a una intención del legislador de otorgar a la Administración un marco normativo con mayores y mejores instrumentos para la protección del interés general y la continuidad en la prestación del servicio público. Por ello, dado que las facultades excepcionales tienen precisamente esa misma intención, no puede más que resultar una paradoja de la contratación administrativa colombiana que, en algunos casos, producto del principio dispositivo, la Administración termine por contar con mayores poderes unilaterales en contratos de derecho privado que en contratos de derecho público.

Una vez que se ha identificado el referido abandono de la posición jurisprudencial de rechazo absoluto a la posibilidad del pacto y ejercicio de facultades unilaterales en contratos estatales regidos por el derecho privado, nuevos retos salen a flote. Una nueva reflexión viene atada a la pregunta sobre la posibilidad y la forma en que se deben materializar y hacerse efectivas las consecuencias de la unilateralidad, así como la naturaleza jurídica de esas actuaciones, y de otros actos de las entidades estatales propias de los regímenes privados, último asunto sobre el que nos interesa detenernos.

### 2.3. EJERCICIO DE PRERROGATIVAS PÚBLICAS SEÑALADAS FUERA DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL POR COCONTRATANTES PÚBLICOS QUE SE RIGEN POR EL DERECHO PRIVADO

La posibilidad de adoptar decisiones administrativas que suponen el ejercicio de prerrogativas públicas relacionadas con contratos no solamente encuentra sustento en disposiciones del Estatuto General de Contratación Estatal; a veces lo encuentran en otras normas y leyes que, en línea de principio, fueron concebidas con propósitos distintos a la actividad contractual, aunque repercutan en ella. La inquietud lógica que se deriva de esta realidad es si la exclusión del Estatuto, que es propia de los contratos que se estudian, o la remisión expresa a normas de derecho privado, trae consigo la imposibilidad de ejercer prerrogativas públicas que tienen incidencia contractual y han sido definidas en otros instrumentos normativos. Para desarrollar esta idea tomaremos como referente de análisis la declaratoria (unilateral)

de siniestro que, en virtud del contrato de seguro, pueden ejercer algunos sujetos públicos.

En los contratos de seguro, a los particulares les corresponde demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso (en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio). Dicha situación que no opera de igual manera para las entidades estatales que contratan bajo el Estatuto Contractual, como resultado de un entendimiento jurisprudencial del Consejo de Estado que se apoya en lo dispuesto por los numerales 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo<sup>51</sup>, y que permite que las entidades públicas puedan declarar unilateralmente el siniestro cuando se materializa un riesgo cubierto por la garantía del contrato celebrado.

Esta facultad, de la que se ha entendido que gozan incluso las entidades estatales regidas por el derecho privado, ha sido recientemente "revisitada" por la jurisprudencia<sup>52</sup>, por considerar que resulta ser violatorio del principio de igualdad permitir que una entidad, que actúa como lo hace cualquier sujeto de derecho privado, mantenga privilegios propios de un sujeto de derecho público. En este mismo sentido, para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que se gobiernan por el derecho privado, se ha entendido que "la configuración del riesgo por incumplimiento no puede construirse a través de un acto unilateral de la entidad asegurada, en tanto, a falta de disposición legal específica, el riesgo no puede depender de la voluntad unilateral de la entidad asegurada"<sup>53</sup>.

Desde la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha indicado que, aunque el juez deba acudir a la segunda parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) para resolver los asuntos que son de su competencia, la primera parte, relativa a los procedimientos administrativos, no debe ser invocada cuando una entidad actúa como un sujeto privado. Dicha consideración le permitió al Consejo de Estado concluir que "una entidad estatal cuyos actos y contratos se ríjan

51 Artículo 68. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible los siguientes documentos: [...]

4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

52 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. 39800.

53 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2018, expediente 54.688.

por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios<sup>54</sup>, pues no cuenta con la facultad para declararlos unilateralmente.

Al hilo de este entendimiento, y de la señalada delimitación jurisprudencial, queda por discutir la manera en la cual se someten a control judicial las distintas actuaciones de la Administración, habida cuenta de la referida naturaleza privada de las actuaciones de las entidades estatales que celebren contratos gobernadas por el derecho privado.

### 3. DIFICULTADES Y RETOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO JUEZ DE LOS CONTRATOS ESTATALES QUE SE RIGEN POR EL DERECHO PRIVADO

El criterio orgánico o subjetivo, que explica la asunción de competencias por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas en Colombia, ha significado una verdadera nota de singularidad frente a otros países con disposiciones normativas similares para los contratos que celebra el Estado y que son conocidos, de igual manera, por tener jueces especializados. Con la solución adoptada por el legislador, y con la correspondiente interpretación jurisprudencial<sup>55</sup>, se creyó superar, de una buena vez, el sempiterno problema del juez de conocimiento. Sin embargo, en realidad, con todo y el gran avance, esta solución pareciera haber ocultado algunos problemas que aun subyacen, que van desde la definición del juez de conocimiento de las controversias derivadas de un contrato de seguro (celebrado entre un privado y una compañía de seguros) que contiene la llamada garantía única de cumplimiento (3.1), hasta entender la manera en la que se puede adelantar un control efectivo de la actividad de la Administración, donde el medio de control procedente se presenta como un revelador elemento a determinar (3.2).

54 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. 39800.

55 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de agosto de 1998, exp. 14.202.

### 3.1. EL JUEZ DE CONOCIMIENTO

Nuestra cláusula general de competencias, contenida en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 (con todo y que la hemos calificado de antitécnica<sup>56</sup>), es el recurso que los operadores jurídicos tienen a mano para solucionar las dudas frente al juez de conocimiento; sin embargo, hoy en día, algunos casos frontera, derivados precisamente de contratos celebrados en regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993, obligan a volver sobre la necesidad de unos criterios orientadores ante los vacíos o la falta de claridad de legislador. Pensemos, por ejemplo, en el fenómeno de la contratación con recursos públicos por parte de fiduciarias privadas, esto es, por verdaderos patrimonios autónomos que celebran negocios, en cuya cabeza se sitúa una efectiva facultad de contratación.

La naturaleza jurídica de algunos organismos de los que trata el parágrafo 1.º del artículo 104 de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que calificó de entidad pública a los entes, órganos u organismos que tengan una participación de aportes estatales superior al 50 % de su capital, constituye un desafío presente, uno de los enormes retos para tratar de continuar nuestra labor de identificación. Creemos, pues, que pocos se atreverían a concluir que allí donde hay un peso público existe, siempre, una entidad que deba categorizarse como estatal, en cuyo caso las controversias surgidas de su actividad contractual deberán ser conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Este debate pendiente (el cual, insistimos, se creía superado con la adopción del criterio subjetivo) no es, en todo caso, una cuestión derivada de la redacción del nuevo CPACA, pues es fácil advertir su constante retorno. Precisamente, en 2008, el Consejo de Estado resolvió un asunto que llevó al máximo tribunal de lo contencioso administrativo (en un primer momento de disciplinada aplicación del criterio orgánico) a considerar que los conflictos derivados de un contrato de seguros, que contenía la garantía única de cumplimiento de un contrato estatal, debían ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, habida consideración de que en los extremos de la relación negocial se encontraban dos sujetos de derecho privado.

Sin embargo, con ocasión de la súplica contra el auto que había declarado la nulidad de todo lo actuado, otra fue la conclusión. Para mantener el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se debió ampliar, de tal manera, el entendimiento del criterio orgánico que, incluso, se desbordó el propio criterio subjetivo como categoría totalizadora de la

56 ALBERTO MONTAÑA PLATA, "Comentarios al Título I", en José Luis Benavides (Ed.), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Comentado y Concordado*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 305-313.

asunción por parte del juez administrativo<sup>57</sup>. Un asunto que, bajo la lectura más generosa, implicó "estirar" hasta sus confines el criterio subjetivo para poder justificar el conocimiento de esta jurisdicción, y que lleva a recordar un elemento con frecuencia olvidado, pues fue el propio Consejo de Estado (cuando adoptó el conocido criterio subjetivo) quien dejó establecido la procedencia de otro criterio, el funcional, que se determinaba por "materialidad del negocio jurídico bilateral" que se había celebrado<sup>58</sup>.

Más allá de la irresoluta armonía sobre el juez de conocimiento para las disputas derivadas de algunos contratos celebrados por entidades estatales regidas por el derecho privado, el control de las actuaciones de estas entidades se erige como el subsiguiente elemento a considerar, frente al cual, por fortuna, el Consejo de Estado ha tomado un rol de liderazgo de cara al constante llamado para un tratamiento unificado.

### 3.2. EL CONTROL EFECTIVO DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

Un elemento de indiscutida relevancia, referente a la existencia de regímenes contractuales exceptuados, a la naturaleza jurídica privada de algunos actos y al conocimiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está relacionado con el control efectivo de las actuaciones. Cuando una entidad regida por el derecho común adelanta un procedimiento para seleccionar al contratista, en el cual (como ocurre con determinada frecuencia) un oferente considera haber sido injustamente vencido y tener el derecho a celebrar el contrato, la naturaleza privada de las actuaciones (situación que también se predica de la etapa de ejecución contractual), representa un desafío para el cabal entendimiento y configuración del control judicial, una vez se ha aclarado el camino del juez competente.

De cara a esta consideración, debe recordarse que en el medio de control de controversias contractuales (artículo 141 del CPACA) se conjugan un número considerable de pretensiones que pueden estar dirigidas a la nulidad de los actos, la nulidad y el restablecimiento de derechos, el incumplimiento contractual y la reparación de daños, entre otras "declaraciones y condenas". Asimismo, de la mano de la teoría de la separabilidad de los actos precontractuales, se ha definido que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, deberán ser demandados en los términos de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento, según corresponda. Este panorama (nada pacífico, por cierto,

57 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de enero de 2008, exp. 32.867

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de agosto de 1998, exp. 14.202.

en especial en vigencia del Código Contencioso Administrativo), típico de contratos estatales que se gobiernan por el Estatuto Contractual, debe ser reexaminado cuando lo que se debate y se controla es la actuación de una entidad cuya actos y contratos se rilan por el derecho privado.

¿Cómo controlar un acto precontractual de una entidad regida por el derecho privado, cuya naturaleza no se identifica con un acto administrativo? Si los actos de la Administración que son sometidos a estudio del juez no son típicos actos administrativos, los medios de control que tienen atada una pretensión la nulidad dejarán de ser procedentes, caso en el cual cobra protagonismo un medio de control, de carácter residual, frente a los daños imputables a la actuación del Estado, como es la reparación directa. Conclusión que fue resaltada en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020<sup>[59]</sup> y que deja en evidencia nuevos retos como los que se derivan del conteo de la caducidad de la acción.

Por último, vale la pena terminar esta revisión sobre algunos retos inéditos de la actividad contractual de entidades regidas por el derecho privado con una fundamental reflexión presentada desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, que se preguntó por la forma en la que debían ser controlados los actos que, a pesar de no ser administrativos, terminan por beneficiarse de esa categorización, en lo que constituye una tratamiento irregular por parte de algunas entidades. Esto es, indagar sobre la manera en la que se deben controlar los actos privados que son disfrazados de actos administrativos producto del "ropaje" que, en ocasiones, se le pretende dar a un actuación que materialmente no lo es.

El camino de su control representa, sin duda, un significativo reto para el juez de la Administración, a cuyo respecto se debe referir el trazado emprendido por una reciente sentencia del Consejo de Estado que nos ha recordado, de la mano de un texto clásico del derecho administrativo<sup>[60]</sup>, que, en el entendido de que no existen, ni deben existir, actos que escapen al control del juez de la Administración, la solución pasa por acudir al propio entendimiento que pretendió darle la Administración, para evaluar la actuación bajo esas mismas características, donde la competencia para la expedición del acto resultará ser el primer elemento a considerar.

De esta manera, si durante una actuación administrativa una entidad le da el ropaje de acto administrativo a un acto que no tiene esa calidad, pretendiéndose beneficiar de sus características (entiéndase el carácter ejecutorio y ejecutivo, y su presunción de legalidad), y le otorga un tratamiento tal

59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

60 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra la inmunidades del poder en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, pp. 159-181.

que lleve a que el ciudadano deba, incluso, presentar recursos que proceden típicamente contra los actos administrativos (como el de reposición, apelación o queja), el juicio que adelante el juez de conocimiento deberá tener en consideración ese mismo entendimiento de la entidad, bajo el medio de control correspondiente. Esto, habida cuenta de que el propio Consejo de Estado ha advertido y reprochado conductas administrativas (a las que se ha buscado poner límites) que, en ocasiones, tienen lugar a conveniencia de algunas entidades que se gobiernan por el derecho común, las cuales, en oportunidades, se resguardan tras la idea de la actuación administrativa para expedir actos típicamente administrativos, al tiempo que pretenden desconocer esa misma calidad en el momento en el que los ciudadanos inician el camino del control de esas actuaciones, sea ante la misma autoridad o frente al juez de conocimiento<sup>61</sup>.

## CONCLUSIONES

Años después de que se introdujera el privilegio de la caducidad en los contratos que celebraba el Estado bajo las disposiciones comunes, en lo que constituyó una de las primeras manifestaciones de la sustantividad de los contratos estatales en el derecho colombiano; de que se adjudicara a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de contratos de derecho privado que tuvieran inmersa una cláusula de caducidad, y de que el actual Estatuto Contractual (de la mano de una posterior interpretación judicial) resolviera buena parte de los debates sobre el juez de conocimiento de los litigios derivados de los contratos que celebra el Estado, con independencia del derecho aplicable, hoy en día, con apoyo en un significativo esfuerzo de unificación jurisprudencial, nuevos retos salen a flote cuando se considera que la contratación estatal en Colombia es una contratación que, en un número importante de ocasiones, se aleja del Estatuto Contractual y se disciplina, en sus actos y contratos, por normas de derecho privado. Retos que van desde la definición de la naturaleza jurídica de los propios actos, hasta la paradójica configuración de entidades que puede resultar con mayores poderes unilaterales en algunos contratos regidos por derecho privado que en contratos de derecho público, pasando, por supuesto, por profundas y representativas consideraciones en materia del control judicial de la actividad de la Administración, cuando se encuentra exceptuada del Estatuto Contractual.

61 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. 39.800.

Algunos desafíos, escasamente advertidos, continuarán por ocupar las consideraciones de la doctrina y, seguro, de un legislador que se muestre interesado por estos asuntos, hoy, por fortuna, se advierte una jurisprudencia preocupada por la unidad, consistencia y coherencia de nuestro ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. "El enigma del contrato administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007.
- ARROWSMITH, SUE. *The law of public and utilities procurement*, 2.º ed. Londres: Thomson Sweet-Maxwell, 2005.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. "Identificación de las nulidades en los contratos estatales en Colombia". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 25, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *Contratos públicos: Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. "Viabilidad de un verdadero estatuto general de contratación de la Administración Pública". En José Luis Benavides, *Contratos públicos: Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS, Y PABLO MORENO Cruz (Eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BUCHER, CHARLES-ÉDOUARD. *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*. París: Dalloz, 2011.
- CRAIG, PAUL, Y MARTIN TRYBUS. "England and Wales". En Rozen Noguellou y Ulrich Stelkens (Eds.), *Comparative Law on Public Contracts*. Bruselas: Bruylant, 2010.
- DE LAUBADÈRE, ANDRÉ. "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration". En André de Laubadère *et al.*, *L'évolution du droit public: études offertes à Achille Mestre*. París: Sirey, 1956.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. "La figura del contrato administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 41, 1963.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. "La lucha contra la inmunidades del poder en el derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962.

- GOTTSCHAU, PATRICIA. "La contratación pública en Alemania". En Juan Carlos Cassagne (Dir.), *Tratado general de los contratos públicos*. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- HARTMUT, MAURER. *Derecho administrativo. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- HUERGO LORA, ALEJANDRO. "El derecho de los contratos públicos en Alemania". En Miguel Sánchez Morón (Dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Madrid: Lex Nova, 2011.
- JÈZE, GASTON. *Les principes généraux du droit administratif*. París: Marcel Giard, 1934.
- JÈZE, GASTON. *Principios generales del derecho administrativo*, t. V, *Teoría general de los contratos de la administración*, segunda parte. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950.
- JOJOA BOLAÑOS, ALEXANDER. *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogotá: Ibáñez, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, 2.ª ed. Madrid: Civitas, 1996.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. "La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. "Comentarios al Título I". En José Luis Benavides (Ed.), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Comentado y Concordado*, 2.º ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- NIETO GARRIDO, EVA. "El derecho de la contratación pública en el Reino Unido". En Miguel Sánchez Morón (Dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Madrid: Lex Nova, 2011.
- OCAMPO LÓPEZ, DANIEL. "Régimen jurídico de los contratos celebrados por el Estado". En Marta Nubia Velásquez (Ed.), *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional, 2019.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2.ª ed. Bogotá: Legis, 2017.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. "La modificación unilateral del contrato". En Emilssen González de Cancino, Édgar Cortés Moncayo y Felipe Navia (Eds.), *Estudios de*

*derecho civil, en memoria a Fernando Hinestrosa, t. II, Contratos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. *Compendio de derecho administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

VELÁSQUEZ, MARTA NUBIA. "Régimen jurídico de los contratos celebrados por el Estado". En Marta Nubia Velásquez (Ed.), *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia.* Bogotá: Universidad Nacional, 2019.

## JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, expediente D-3277.

Corte Constitucional, sentencia T-220 del 10 de marzo de 2005, expediente T-1008999.

Corte Constitucional, sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, expedientes D-6675 y D-6688 acumulados.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 1997, S-701.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de agosto de 1998, exp. 14.202.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2005, exp. 25.765.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp.13.414.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 2 de marzo del 2006, exp. 29703.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de enero de 2008, exp. 32.867

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 36.252.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2014, exp. 26.869.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de febrero de 2014, exp. 45.310.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2015, exp. 29.657.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 2016, exp. 41.783.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2017, exp. 56.562.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2017, exp. 57.394.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2018, expediente 54.688.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. 39.800.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2020, exp. 52405.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.