

# El contencioso contractual: visos jurisprudenciales

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

Con ocasión de la presentación del Proyecto de Ley que busca la implementación de un nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se abre el debate sobre las disposiciones que el mismo pueda traer, en especial, en lo relativo a las controversias que se puedan suscitar por motivo de los contratos estatales. En esa medida, resulta importante contrastar los nuevos aspectos que trae el Código, además de otros que a juicio del autor faltaron de incluir en el mismo, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia adelantada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

## PALABRAS CLAVES

Nuevo Código Contencioso Administrativo, jurisdicción contencioso administrativa, controversias contractuales, contratación pública, jurisprudencia.

## THE CONTRACTUAL CONTENTIOUS: JURISPRUDENTIAL OVERTONES

## ABSTRACT

The expectation of the new Administrative Procedure and Administrative Process Law opens a debate about the new rules, specifically about the controversies relative to public contracts. This document presents some of new aspects and those that the author thinks weren't included, in contrast with the jurisprudence created by the Colombian tribunal of administrative law and the constitutional tribunal.

1 Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, España.  
juan.exposito@uexternado.edu.co.

## KEYWORDS

New Administrative Procedure and Administrative Process Law, contractual controversies, public contracts, jurisprudence.

## INTRODUCCIÓN

Con ocasión del informe de conciliación al Proyecto de Ley 315 de 2010 de la Cámara de Representantes y el Proyecto de Ley 198 de 2009 del Senado de la República, expedido el 7 de diciembre de 2010, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se abre el debate sobre los aspectos novedosos incluidos en la forma de solucionar las controversias contractuales y aquellos que dejaron de plantearse.

En esa medida, un análisis agudo de los preceptos más importantes frente a asuntos como los factores para asignación de competencia y la procedencia de la pretensión de solución de controversias contractuales con ocasión de las distintas etapas del trasegar de la relación contractual, serán objeto de la presente ponencia con el ánimo de encontrar que se produjeron cambios significativos en el Proyecto de Ley; sin embargo, a la luz de la jurisprudencia más reciente, otros no colmaron las expectativas.

Como primer punto se esbozarán aquellos aspectos que se mantienen respecto del Código Contencioso Administrativo vigente y algunas modificaciones necesarias, para pasar, con posterioridad a revisar los aspectos trascendentales en el proyecto de ley y su correspondiente contraste con la jurisprudencia vigente.

## A) ASPECTOS QUE SE MANTIENEN Y MODIFICACIONES NECESARIAS

En este punto se nombrarán aquellos aspectos que no resultaron modificados en el texto conciliado y se realizarán unos breves comentarios al respecto, si así lo merecen, y se resaltarán aquellos en los que resulten modificaciones trascendentales y necesarias frente a las actuales disposiciones del Código Contencioso Administrativo y la práctica judicial.

### 1. LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL Y LA PRETENSIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Es necesario precisar, antes de entrar en materia frente al contencioso contractual, que la conciliación como requisito de procedibilidad fue incorporado en el artículo 161 del texto conciliado el 7 de diciembre de 2010, frente a todas las

pretensiones que se plantean ante el contencioso administrativo, y en especial a la de las controversias contractuales, cuestión que tuvo su referente inicial en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 corregido por el artículo 2° del Decreto 121 de 2001 que previó su obligatoriedad para acudir en ejercicio de la acción de controversias contractuales, pero que nunca tuvo operatividad.

Posteriormente, bajo el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, reformatoria de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reglamentada en el Decreto 1716 de 2009, se advierte que para el ejercicio de la acción contractual es necesario, como paso forzoso y previo a la presentación de la demanda, el uso de esta figura cuando los asuntos sean conciliables, disposiciones que sí han repercutido de manera trascendental frente al propósito de instaurar este requisito de procedibilidad.

Así mismo, el legislador se ocupó del tema de la conciliación ante lo contencioso administrativo en la reciente Ley 1395 de 2010 de Descongestión Judicial, en la cual el artículo 52, que modificó el artículo 37 de la Ley 640 de 2001, recalcó la necesidad de acudir a la conciliación como requisito obligatorio antes de interponer la demanda.

Desde luego que el artículo 161 del texto conciliado el 7 de diciembre de 2010 viene a seguir una línea bien demarcada en la ley desde 2001, por lo que no ofrece un cambio sustancial a la trayectoria histórica en relación con esta figura y es la apuesta que ha dado el legislador sobre este mecanismo alternativo de solución de conflictos como única forma de evitar las controversias antes de ser planteadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, olvidando nuevamente las demás que se han establecido desde la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, la misma Ley 640 de 2001 y el Decreto 1818 de 1998.

De otra parte, es necesario hacer mención de la sensible modificación de la acción de solución de controversias contractuales por la pretensión de solución de controversias contractuales dentro de la acción genérica a utilizar ante el contencioso administrativo, pretensión que se encuentra desarrollada en el título III Medios de control del texto conciliado el 7 de diciembre de 2010.

Si bien podría pensarse que la utilización de una sola acción con diversas pretensiones implica superar la gran mayoría de problemas que suceden por motivo de un uso inadecuado de las acciones actuales, no puede concebirse como la solución total, ya que la falta de técnica jurídica para plantear la controversia ante la jurisdicción sigue existiendo, más aún en las controversias contractuales que son de las más variadas y complejas formas, motivo por el cual el riesgo aún es latente.

## 2. FACTOR OBJETIVO EN LO RELATIVO A LA CUANTÍA, FACTOR TERRITORIAL Y FACTOR FUNCIONAL: FORMAS DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIAS QUE SE MANTIENEN

Algunos aspectos que no sufrieron modificación fueron los factores de asignación de competencia por territorio y por cuantía, que se encuentran en los

artículos 156 y 157 del texto conciliado respectivamente. En ellos simplemente se mantiene la regla de que la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato y, en caso de que esto comprendiere varios departamentos, el demandante escogerá a prevención en cuál de ellos interpondrá la demanda.

En relación con la cuantía, se mantiene la forma de cuantificación a partir de los perjuicios causados o la multa impuesta, de acuerdo con la estimación realizada por el demandante, sin realizar ahora expresa remisión a los numerales 1º y 2º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil como criterios para definir la cuantía.

Trae como novedad la incorporación de la redacción antigua del numeral 2º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que la cuantía será el valor de la pretensión de mayor monto cuando éstas se acumulen, olvidando la modificación que trajo el artículo 3º de la Ley 1395 de 2010 que establece que ésta se fija con la sumatoria de todas las pretensiones al momento de la presentación de la demanda, lo cual se convertirá en una diferenciación entre el trámite procesalmente el contencioso administrativo y la jurisdicción ordinaria. En todo caso, resulta más coherente la opción escogida en el derecho procesal civil, ya que permite considerar casos en los cuales la pretensión de mayor valor sea un valor inferior a la sumatoria de todas las pretensiones.

En lo que se refiere al numeral 1º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, éste no aparece en la redacción del nuevo Código, pero esta exclusión no significa que los perjuicios a cuantificar sean únicamente los que tienen al momento de la demanda, ya que esto se evidencia en el inciso 1º del mismo artículo y, en caso de considerarse otra interpretación, se podrá acudir al numeral 2º del artículo 20 que establece que la forma de cuantificar.

En este punto, igualmente vale la pena traer a colación lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, Ley de Descongestión Judicial, que modifica el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, al establecer que la estimación de la indemnización solicitada debe ser juramentada y es susceptible de ser controvertida por la contraparte y regulada por el juez, trayendo incluso sanciones pecuniarias cuando se adviertan diferencias significativas entre lo juramentado y lo regulado.

Al inspeccionar el factor funcional incorporado en el texto conciliado en los artículos 150, 152 y 155, se puede observar que el conocimiento de los diversos jueces de la jurisdicción contencioso administrativa permanece igual en lo relativo a la cuantía para determinar al juez competente, salvo algunas aclaraciones que guardan coherencia con lo que con posterioridad se observará frente al objeto de la jurisdicción contenciosa.

Así pues, podemos observar que en el artículo 155.5 del texto conciliado, los jueces administrativos siguen siendo los competentes para conocer en primera instancia de los contratos suscritos por entidades estatales cualquiera

sea su régimen, los particulares que presten funciones propias del Estado y las empresas prestadoras de servicios públicos en cuyos contratos incluyan cláusulas exorbitantes, siempre y cuando la cuantía no exceda de quinientos salarios mínimos legales mensuales. El artículo 152.5 señala que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de este mismo tipo de controversias, siempre que excedan de quinientos salarios mínimos legales mensuales. Y, por último, dispone el artículo 150 que el Consejo de Estado sería competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este recurso, así como del recurso de revisión y anulación.

Merece un comentario la redacción del tipo de controversias que conocen los jueces y tribunales administrativos en primera instancia, ya que no obedece en estricto sentido a lo que se encuentra consagrado en el artículo 104 que se refiere al objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, no sólo por las distintas reglas que se pueden encontrar en el artículo 104 del texto conciliado, sino porque no se ajusta a las reglas específicas que se encuentran en los numerales 2º y 3º de este último artículo que hacen referencia precisamente a las controversias contractuales, por ejemplo, al dejar por fuera del conocimiento de los jueces los contratos suscritos por empresas prestadoras de servicios públicos en los que haya debido incluirse cláusulas exorbitantes.

Se observa esto con preocupación por ser un problema de técnica legislativa que debería ser modificado, en el sentido de hacer una expresa remisión al artículo 104 donde se indica el objeto de la jurisdicción, puesto que tal como se encuentra actualmente planteado en el texto conciliado está sujeto a interpretaciones restrictivas que pueden incluso anular el mismo artículo 104 que se encarga de preceptuar el objeto de la jurisdicción.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que los factores de cuantía, territorio y funcional no ofrecen modificación alguna frente a lo que se tiene planteado en la actualidad, salvo las precisiones que trae la Ley 1395 de 2010 al respecto y lo relacionado con la inclusión de las cláusulas exorbitantes en las empresas prestadoras de servicios públicos.

### 3. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CON OCASIÓN DE LAS PRETENSIONES CONTRACTUALES

Aunque el artículo 164 del proyecto de reforma del Código Contencioso Administrativo encabece el tema con la expresión "oportunidad para presentar la demanda", lo cierto es que trata lo relativo a la caducidad de la acción que cuando lo que se debaten son pretensiones con ocasión de los contratos estatales, el término para que opere la misma permanece idéntico a lo vigente en el actual Código Contencioso Administrativo, ya que el artículo 164.2 literal j del texto conciliado continúa con el término de dos años en los siguientes eventos:

1. En los de ejecución instantánea, contado a partir del día siguiente cuando cumplió o debió cumplirse el objeto.
2. En los que no requieren de liquidación, a partir de la terminación del contrato por cualquier causa.
3. En los que requieren de liquidación, cuando se haya realizado de común acuerdo, desde el día siguiente al de la firma del acta.
4. En los que requieren de liquidación, cuando se haya realizado unilateralmente por la administración pública, desde el día siguiente a la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe.
5. En los que requieren de liquidación, cuando no se haya realizado de común acuerdo o unilateralmente, desde que se haya cumplido el término de dos meses contado a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.

Contrario a lo anterior, sí fue modificado el término de caducidad de la pretensión de nulidad absoluta y relativa del contrato que se reguló en el inciso segundo del literal j del artículo 164.2 del texto conciliado. El acierto se encuentra en unificar el término de caducidad a dos años con posterioridad al perfeccionamiento del contrato cuando la pretensión sea la declaratoria de nulidad absoluta o relativa y la de poderse presentar la demanda de nulidad absoluta durante el plazo de vigencia del contrato. Esto facilita la situación para el demandante al tener claridad frente a la oportunidad con la que cuenta para presentar las pretensiones de nulidad del contrato, ya que en el Código vigente se establecen distintas formas de contabilizarlo que generaban confusión al momento de ejercer la acción contractual.

#### 4. LA PROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES FRENTE A LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Un cambio significativo se presentó en relación con la procedencia de la acción cuando la pretensión se refiere a los actos proferidos antes de la celebración del contrato, frente a los cuales el inciso 2º del artículo 141 del texto conciliado realiza una remisión opcional para solucionar este tipo de controversias al trámite establecido en los artículos 137 y 138 referentes a las pretensiones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, por lo que, cuando la pretensión sea alguna de éstas, ya no se contabilizaría el término de caducidad de treinta días que se tiene actualmente, sino que se aplicaría el de cuatro meses contados a partir de su "comunicación, notificación, ejecución o publicación", al tenor de lo establecido en el literal C del artículo 166.2 del proyecto de ley. Huelga decir que con esto se elimina la discusión acerca del término de caducidad de la acción del acto que declara desierto el procedimiento de selección, toda vez que el H. Consejo de Estado

en auto de 2 de agosto de 2006, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 30141, M.P.: RAMIRO SAAVEDRA dictaminó que el término de caducidad era de treinta días, homologando en todos sus efectos a la acto de adjudicación y de contera a los demás considerados separables del contrato.

Este último artículo incluyó como un nuevo momento para contabilizar el término de caducidad la figura de la ejecución del acto, pero en la práctica será difícil encontrar la situación de actos previos al contrato notificados, pero no ejecutados, por lo que no parece ser una modificación de relevancia frente a lo que se tiene en la actualidad.

Además de lo anterior, al señalar el artículo 141 del texto conciliado relativo a la pretensión de las controversias contractuales, que quien decida controvertir los actos previos "podrá" utilizar la pretensión de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, lleva implícito que el demandante tiene la posibilidad de escoger las pretensiones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho o la pretensión contractual para poner en conocimiento de la jurisdicción la nulidad de los actos previos, en contraposición con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo vigente que sólo admite la acción contractual para conocer de estos asuntos, una vez hayan pasado los treinta días de que habla el artículo 87-2 del Código actual, después de la notificación, comunicación o publicación o una vez suscrito el contrato y la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento antes de la suscripción del mismo, de manera excluyente.

Esta situación trae un cambio sensible y es un aspecto que ya había sido planteado en la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-1048 de 2001<sup>2</sup>, en la cual el demandante señaló que obligar a que la acción de controversias contractuales fuera la procedente para el pronunciamiento de la jurisdicción sobre los actos previos una vez suscrito el contrato y la de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, reducía la seguridad jurídica frente a la acción a utilizar.

En aquella oportunidad la Corte Constitucional no encontró asidero al planteamiento del demandante, sin embargo, el texto conciliado sí incluyó de manera facultativa la elección de la pretensión a utilizar cuando se pretendan atacar los actos previos indistintamente de la etapa en la que se encuentre el contrato.

Llama poderosamente la atención que cuando la norma del artículo 141 del Proyecto de reforma establece la posibilidad de interpretar las pretensiones de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que se profieran con antelación a la suscripción del contrato, se deja abierta la puerta de igualmente acudir a la pretensión de controversias contractuales contra dichos actos. En esa medida, la forma de ejercitar la pretensión contra

2 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-1048 de 4 de octubre de 2001, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, expediente: D-3471.

dichos actos previos si no se ha suscrito el contrato viene dada por solicitar la nulidad del acto, en tanto que una vez se suscriba el contrato la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato (redacción actual del inciso segundo del artículo 87 del actual Código Contencioso), excepto que estando en ejecución el contrato se puede pedir la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto previo sin que afecte la legalidad del contrato.

En esa medida, esta nueva disposición no limitaría a aquellos terceros que demuestren un interés directo en la pretensión como lo indica el inciso 3º del artículo 87 del vigente Código Contencioso Administrativo, que hace referencia a la acción contractual, única acción procedente para atacar los actos previos en la actualidad cuando se ha suscrito el contrato, lo cual casi que circunscribe el espectro de los legitimados a plantear esta controversia a los oferentes acreditados en el procedimiento de selección.

El nuevo artículo traería cambios significativos al permitir que estén legitimados todos aquellos que vean un derecho afectado con ocasión de la expedición de los actos previos de carácter particular, o de cualquier persona en lo relativo a los actos previos de carácter general, permitiendo así que terceros ajenos a la relación contractual no acreditados como proponentes, pero con un interés específico demostrado en el procedimiento de selección, logren atacarlos.

Lo anterior, aunado a que se eliminaría también la prohibición establecida en el actual artículo 87 frente a la imposibilidad de suspender los procedimientos de selección o el contrato cuando se ataquen los actos previos y la correspondiente medida cautelar regulada en el artículo 230.2 del texto conciliado que concede al juez la posibilidad de suspender los procedimientos administrativos incluido el contractual, lo que trae como consecuencia directa que los particulares tengan un mecanismo judicial efectivo con el cual se pueden atacar las irregularidades que se presenten en la etapa previa a la suscripción del contrato, por lo que la acción de tutela no sería una opción para defender los derechos fundamentales vulnerados en la etapa precontractual, a no ser que haya constatación efectiva de la violación de un derecho de la misma naturaleza y su consecuente perjuicio irremediable, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia de tutela: sentencia SUT-713 de 2006 y la sentencia ST-309 de 2010.

Por último, cabe precisar que la opción de utilizar las pretensiones de nulidad o la pretensión contractual en la demanda de los actos previos va en sintonía con la concepción expuesta por el Consejo de Estado<sup>3</sup>, en lo relativo a que es necesario que el debate procesal gire en torno a lo pedido por el demandante, ya que en ocasiones, por ejemplo, podría utilizarse la pretensión de nulidad absoluta del contrato por la nulidad de alguno de los actos previos

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 1997, C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE, expediente: 10065.

establecida en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pero ésta no daría ningún restablecimiento al licitante indebidamente vencido, puesto que la afectación a su derecho únicamente se reflejaría al demostrar la nulidad del acto de adjudicación del procedimiento de selección.

Esta interpretación es sana, puesto que logra delimitar dos situaciones totalmente diversas: las pretensiones que se planteen frente a los actos expedidos en la etapa precontractual y su consecuente nulidad del contrato y la nulidad expresa de la adjudicación del mismo.

En ese sentido, si bien con el cambio de acciones a pretensiones en el contencioso administrativo se trató de evitar sentencias inhibitorias o fallas en la técnica procesal de demandantes, algunos aspectos rituales requieren todavía de una verdadera atención del demandante, en aras de no caer en imprecisiones a la hora de alegar perjuicios causados. En esa medida, al entrar en vigencia el Proyecto de Ley presentado con las modificaciones que se encuentran en el texto conciliado, si es interpuesta la demanda alegando la pretensión de nulidad del contrato por la nulidad de algún acto previo, en nada podrán demostrarse perjuicios al licitante vencido, mientras el acto de adjudicación permanezca con la presunción de legalidad que ostentan todos los actos administrativos, razón por la cual debe ser este último el acto que debe ser atacado para que el licitante vencido pueda alegar perjuicios por esta situación.

En conclusión, en lo relativo al factor funcional, de cuantía y el territorial como criterios para asignar competencia el Proyecto de Ley y su correspondiente texto conciliado no ofrecen modificación alguna, mientras que en lo relativo a la caducidad de la acción cuando la pretensión es contractual sí sufrió cambio al aclarar y unificar el término para incoar la nulidad absoluta y relativa del contrato. De otra parte, la pretensión frente a los actos precontractuales trajo una modificación necesaria frente al término de caducidad y a la posibilidad de utilizar los tres tipos de pretensiones: controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

## B) ASPECTOS TRASCENDENTALES EN EL PROYECTO DE LEY EN CONTRASTE CON LA JURISPRUDENCIA VIGENTE

Una vez señalados los aspectos anteriores, ponemos sobre la mesa asuntos que sufren modificaciones trascendentales y otros que fueron escasos en la modificación, todos contrastados con la jurisprudencia vigente.

### 1. DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Uno de los aspectos que sufriría modificaciones con la eventual aprobación y sanción del Proyecto de Ley 198 de 2009 presentado ante el Senado y el

Proyecto de Ley 315 presentado ante la Cámara de Representantes, es la jurisdicción competente para conocer de las controversias que surjan con ocasión de los contratos estatales. Al advertir los cambios en la redacción del artículo 1º de la Ley 1107 de 2006 que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo frente a la redacción del artículo 104 del texto definitivo aprobado en la plenaria del Senado de la República el 9 de junio de 2010, se puede notar que la concepción del objeto de la jurisdicción cambió.

En efecto, inicialmente el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 contenía expresamente que el objeto de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa sería la de los litigios administrativos de las entidades públicas, mientras que el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006 eliminó la palabra "administrativo", dejando únicamente "litigios de las entidades públicas", lo cual fue entendido por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones como que el objeto de la jurisdicción dejó de ser funcional o material para pasar a ser orgánico o subjetivo, puesto que relevó del sometimiento de litigios referentes únicamente a la función administrativa de las entidades estatales, para admitir toda clase de controversias<sup>4</sup>.

Así pues, el nuevo artículo 104 del texto conciliado se refiere nuevamente a "litigios sujetos al derecho administrativo", lo cual podría conllevar por sí más confusión al tratar de delimitar cuáles temas están sujetos al derecho administrativo; sin embargo, es un claro acercamiento al criterio material como criterio definitorio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo anterior fue revelado en la exposición de motivos así:

Con el fin de afianzar el criterio de la especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un criterio material que hace que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones relacionados con el ejercicio de la función administrativa.

Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 25 de noviembre de 2009, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, expediente: 37196. En idéntico sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, expediente: 35564; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 2009, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, expediente: 35262; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 13 de diciembre de 2007, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, expediente: 34293, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de diciembre de 2007, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, expediente: 33624.

la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extra-contractual y contractual, cuyo conocimiento se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes del litigio sea una entidad pública.

Lo anterior implicaría que la lectura del concepto jurídico procesal del Derecho Administrativo en Colombia, si entendemos por éste aquellos aspectos que son de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, será confusa en lo relativo a las entidades estatales, puesto que se debate entre lo funcional y lo orgánico; y lo funcional al admitir que los particulares que presten función administrativa sean objeto de la jurisdicción.

En esa medida, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativo volverá a ser el "de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa", además de lo señalado en la Constitución y la Ley.

Sin embargo, y con ocasión de esclarecer puntualmente las reglas establecidas en el artículo 104 del texto conciliado frente a las controversias contractuales que conocería la jurisdicción, es preciso señalar que son varias fórmulas que se pueden extraer:

1) Al hacer referencia explícita en el primer inciso del artículo 104 que la jurisdicción conocerá de aquello a lo que se refiere en las leyes especiales o en la Constitución Política, el mencionado artículo colabora en la resolución de las controversias que se presenten con ocasión de los contratos estatales, ya que es menester acudir al artículo 75 de la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se estableció que el juez competente para conocer de las controversias que surjan con ocasión de contratos estatales, es la jurisdicción contencioso administrativa, entendiéndose por contratos estatales aquellos suscritos por las entidades estatales señaladas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, al tenor de lo expuesto en el artículo 32 de la primera de éstas<sup>5</sup> y el artículo 2º, *ídem*.

De lo anterior se deduce que la primera referencia que se tiene como objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es la del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, por expresa remisión del artículo 104 del texto conciliado.

Ahora bien, esta posición no es novedosa en la jurisprudencia, ya que en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado ha señalado que del mencionado artículo "se infiere que la Ley 80 le adscribió a la jurisdicción de los contencioso administrativo la competencia para conocer de las controversias

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de agosto de 1998, C.P.: JUAN DE DIOS MONTES, expediente: 14.202. En idéntico sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 2002, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, expediente: 20634.

contractuales derivadas de todos los contratos estatales"<sup>6</sup>. Aislados son los fallos que señalan que este artículo fue derogado tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo<sup>7</sup>, pero al traerlo a colación de manera explícita, el artículo 104 se entiende que existe una auténtica remisión a la regla de que el juez natural de los contratos estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

2) En segundo lugar, como bien se puso de presente anteriormente, podemos advertir que la redacción del artículo 104 indica que la jurisdicción contencioso administrativa sólo podrá conocer de controversias en las cuales el régimen legal que fundamente la relación contractual sea la de derecho administrativo, al indicar que el objeto es "las controversias y litigios sujetos al derecho administrativo originados en actos, contratos...", dejando por fuera aquellas relaciones contractuales celebradas por las entidades estatales, pero sometidas al derecho privado, criterio meramente funcional y el cual excluye de plano la posibilidad de hablar de que los contratos estatales especiales sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, como se venía haciendo desde 1993.

3) No obstante lo anterior, se dejó claridad a continuación en el artículo 104 unas reglas especiales frente a casos concretos, comenzando, en lo relativo al tema objeto de la presente ponencia, con el numeral 2º que indica que es objeto de la jurisdicción: "Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado".

Al tenor de lo expuesto en este párrafo del mismo artículo, son entidades estatales todos aquellos entes, sociedades o empresas que tengan aportes estatales igual o superior al 50%. Con esta fórmula se vuelve nuevamente sobre un criterio orgánico y, más allá de esto, a la lógica planteada desde 1993 de la necesidad de unir los contratos suscritos por la Administración Pública, en un único concepto: el de los contratos estatales.

No obstante lo anterior, este numeral será motivo de sendos debates, porque pretende zanjar una discusión de vieja data frente a la jurisdicción competente de los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos donde hay aportes estatales y las sociedades de economía mixta. Lo primero que se

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, auto de 29 de noviembre de 1995, C.P.: GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO, expediente: S414. En igual sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, expediente: 21432; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 28 de mayo de 2009, C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, expediente: 35547.

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 1º de junio de 2009, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, expediente: 35731.

debe indicar es que la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007<sup>8</sup> estableció la distinción entre estas dos figuras señalando que las sociedades de economía mixta como entes descentralizados del Gobierno Nacional y las empresas de servicios públicos como aquellas con un régimen especial de prestación de un servicio público, lo cual no permite su equiparación al fijar pautas contractuales. Si bien para las sociedades de economía mixta es claro que el juez competente es la jurisdicción de lo contencioso administrativo por estar vinculadas al Estado, la misma regla no podría aplicarse a las empresas de servicios públicos.

En segundo lugar, la cuestión del juez competente para las empresas de servicios públicos domiciliarios siempre ha estado al vaivén jurisprudencial definiendo en última medida, previo a la expedición de la Ley 1107 de 2006, que la jurisdicción competente era la contencioso administrativo cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios se encontraran en alguna de las siguientes situaciones: "i) cuando el contrato contiene cláusulas exorbitantes; ii) cuando se conoce, durante el proceso de contratación, que el futuro contrato incluirá aquellas cláusulas; iii) cuando la controversia está relacionada con el contrato de condiciones uniformes (relación empresa-usuario), o iv) cuando se controvierten los actos administrativos que expide la empresa con ocasión de esta relación", tal como se señala en el Auto del Consejo de Estado de 8 de febrero de 2007, expediente 30.903<sup>9</sup>.

Con la redacción del artículo 104 numeral 2º, toda discusión frente a la naturaleza jurídica diferencial de las empresas de servicios públicos y la naturaleza jurídica de los contratos que suscribieran, quedaría zanjada remitiendo al contencioso administrativo todos los conflictos que surjan con ocasión de sus contratos si la empresa cuenta con aporte estatal igual o superior al 50%. Siendo ello así, las empresas de capital mixto con capital estatal igual o superior al 50% deberán acudir a la jurisdicción administrativa, no por el régimen establecido en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, que eliminó la posibilidad de que empresas mixtas acudieran al régimen de contratación pública por establecer la restricción de que se encontraran en competencia con el sector privado, sino por el párrafo del artículo 104 que señaló qué se entendía por entidad estatal.

4) Así mismo, otra regla específica para los contratos estatales está en el numeral 3º del artículo 104 al señalar que conocerá de "Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes". En ella se abre la puerta para que los contratos suscritos por

8 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-736 de 19 de septiembre de 2007, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, expediente D-6675 y acumulados.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2007, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, expediente: 30.903.

empresas de servicios públicos con capital inferior al 50% acuden a la jurisdicción contencioso administrativo, siempre que en ellos se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes, siguiendo uno de los criterios que fue establecido previamente por el Consejo de Estado<sup>10</sup>.

Ahora bien, esta prescripción abre una discusión de carácter sustancial y es la posibilidad de admitir que existen contratos suscritos por empresas de servicios públicos susceptibles de que se entiendan que se encuentren incorporadas cláusulas exorbitantes aún cuando éstas no estén insertas de manera explícita en el contrato, el cual no es objeto del presente estudio. Es por ello que este numeral involucra tanto a particulares como conflictos entre particulares en cuanto menciona a todas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluya o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

5) Por último, el artículo 105 hace la claridad que las entidades estatales que sean 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 y suscriban contratos, no serán de conocimiento de la jurisdicción, puesto que, como bien se señala en la exposición de motivos "dado que tienen una connotación de derecho privado que no corresponde a la especialidad de la jurisdicción", en consonancia además con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 que separó del Estatuto Contractual a las entidades financieras.

En conclusión, se puede observar que son varios criterios que se tienen para establecer el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con la contratación del Estado: *primero*, es necesario remitirse al artículo 75 de la Ley 80 de 1993 donde se indica que jurisdicción será la competente para conocer de las controversias de los contratos estatales, esto es aquellos contratos suscritos por las entidades estatales señaladas en el Estatuto, en principio los del artículo 2° de la Ley 80 de 1993; *segundo*, que las controversias sean por los contratos de derecho administrativo suscritos por entidades estatales, incluyendo también a la de todos los entes, sociedades y empresas que cuenten con capital estatal igual o superior al 50%; *tercero*, todas las controversias contractuales independiente del régimen de las entidades estatales incluyendo la de todos los entes, sociedades y empresas que cuenten con capital estatal igual o superior al 50%; *cuarto*, las controversias que se susciten por contratos de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuando hayan incluido o hayan debido incluir cláusulas exorbitantes (hasta aquí lo consagrado en el artículo 104 del Proyecto de reforma del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo), y, *quinto*, que nunca serán ob-

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 26 de marzo de 1998, C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE, expediente: 14.000.

jeto de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa aquellas instituciones financieras por tener unas connotaciones privadas (artículo 105 del proyecto de reforma del Código Contencioso Administrativo).

Lo anterior puede generar conflictos de interpretación, al advertir la contradicción entre varias de ellas, lo que conlleva a buscar la escogencia de la regla de interpretación donde se prefiere a la que contiene la norma especial sobre la general, dejando como la más adecuada la de los numerales 2º y 3º del artículo 104 del Proyecto de Reforma por hacer expresa referencia en el Estatuto procesal a las controversias contractuales. Lo anterior no deja tampoco fuera de debate que existen otras reglas que deberían ser respetadas.

Tal situación plantea un interrogante ¿está la jurisdicción contencioso administrativa creada para resolver controversias de entidades estatales o para resolver controversias relativas a la función administrativa?

Como bien fue presentado en la exposición de motivos, la inclusión nuevamente del criterio material como objeto de conocimiento de la jurisdicción demuestra que la misma se encuentra a tono con las tendencias más actuales del derecho administrativo; sin embargo, mantener la concepción del criterio orgánico como objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo como fundamento que evita confusiones frente a los posibles demandantes, podría considerarse un retroceso en sí mismo en relación con las concepciones del Derecho Administrativo.

La discusión frente a si el Derecho Administrativo se basa en un criterio material u orgánico ha existido desde sus albores. Sin embargo, y como se ha logrado advertir con el tiempo, el criterio orgánico apareció inicialmente como razón de ser del Derecho Administrativo, en la medida que se concebía al ejecutivo, inicialmente, y a la Administración Pública, con posterioridad, como la institución encargada de las labores ejecutivas y administrativas, razón por la cual todo lo que apareciera como producto de una actuación de estos entes se concebía como Derecho Administrativo.

El anterior concepto fue controvertido en reiteradas ocasiones, planteado como salida a un criterio material; es decir, un derecho relativo a la función administrativa, en la medida en que si bien la regla general de la Administración Pública era prestar la función administrativa, se pudo advertir con el tiempo que no siempre realizaría actividades en ese sentido, por lo que se desnaturalizaría el concepto del derecho administrativo en entes públicos que ejecutaran actividades privadas.

Ahora bien, si se lee con detenimiento el texto conciliado y la exposición de motivos del Proyecto de Ley, se notan rasgos trascendentales que demuestran que la lógica de la jurisdicción administrativa es juzgar los aspectos relativos a la función administrativa, más allá de que sean entidades estatales o no. A manera de ejemplo, se puede advertir la excepción de conocimiento de la jurisdicción –y del Estatuto General de la Contratación Pública– de las instituciones financieras de propiedad estatal, porque éstas contrarían la

especialidad de la jurisdicción contencioso administrativa, al ser actividades típicas de derecho privado.

Sin embargo, no se puede negar el avance que se logró con la creación de la figura de los contratos estatales con el ánimo de dar seguridad jurídica no sólo a los particulares, sino a las entidades estatales y en esa medida también la posibilidad de tener certeza sobre la jurisdicción competente para conocer las controversias que surjan con ocasión de éstos. Lo que sí merece una observación es la inclusión de las distintas reglas, a veces contradictorias, en un mismo artículo con el ánimo de dar más garantías a los demandantes, que puede eventualmente generar un efecto contraproducente al no tener certeza sobre la que se debe usar frente a jueces y contrapartes que interpreten las mismas.

## 2. LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SIN CONTRATO

Una de las características clásicas del contrato estatal es la forma y las formalidades que giran en torno a éste. Desde el Decreto Ley 222 de 1983, con sus diversas fórmulas para formalizar los distintos tipos de contratos y hasta la unificación de criterios que se optó en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se ha observado tal característica, y se puede concluir que en la actualidad el contrato estatal sólo existe cuando se advierte el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que éste se eleve a escrito.

Sin embargo, no son pocos los casos en los cuales se presentan circunstancias que llevan a que la Administración Pública exija al adjudicatario-futuro contratista o a quien se le terminó el contrato que ejecute prestaciones sin mediar contrato por escrito. Ambos casos se asemejan, en el primero, si bien el particular tiene la certeza de ostentar el derecho a suscribir el contrato estatal, esta situación no ha acaecido todavía; mientras que en el segundo, el contrato estatal ya terminó y no existe un fundamento obligacional que permita al contratista continuar ejecutando labores y la Administración pagándolas, no obstante en ambos casos la Administración requiere al particular con el fin de exigir el cumplimiento de determinadas prestaciones que se plasmarán en el futuro contrato, o que se encontraban en el contrato terminado.

Esta situación es problemática ya que la Administración al no encontrar el soporte contractual con el cual se deben reconocer las prestaciones, casi que obliga al particular a que acuda con la controversia ante la jurisdicción.

Es un tema de larga data que el Consejo de Estado se pronuncie frente al reconocimiento de prestaciones sin que medie un contrato<sup>11</sup>. En efecto, aunque

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de marzo de 1984, C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expediente: 2850.

a veces se ha confundido el principio y el procedimiento, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que existen ocasiones puntuales en las cuales en virtud del principio del enriquecimiento sin justa causa, es posible hacer uso de la *actio in rem verso* para exigir el reconocimiento de una indemnización por la actividad ejecutada por el contratista que enriqueció a la Administración y empobreció al particular, la cual, al tenor del principio del enriquecimiento sin causa no va a tener fundamento ni contractual ni extracontractual<sup>12</sup>, en consecuencia, se ejercitará como pretensión autónoma e independiente.

No obstante lo anterior, esta jurisprudencia reiterada seguirá siendo la regla general, puesto que el texto conciliado no hace más que traer nuevamente la posibilidad de solicitar al juez que declare la existencia del contrato, lo cual para el efecto práctico del tema debatido ha sido de poca usanza, ya que el Consejo de Estado siempre ha reconocido que sólo se puede declarar la existencia del contrato elevado a escrito, razón por la que el particular recibirá únicamente un reconocimiento económico, mas no la existencia del contrato y su correspondiente indemnización a raíz de este aspecto.

En esa medida, teniendo en cuenta que nuevamente las reglas procesales permiten la declaratoria de existencia del contrato bajo la pretensión de la controversia contractual, y la jurisprudencia gira en torno al reconocimiento de prestaciones frente al contrato no celebrado, es un tema a evaluar si es viable en un futuro echar mano de forma mejor a establecer de una vez por todas al interior de la pretensión contractual la del reconocimiento de prestaciones ejecutadas sin sustento contractual.

### 3. LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN FRENTE A LAS CONTROVERSIAS QUE SURJAN CON OCASIÓN DE LA ETAPA CONTRACTUAL

El artículo 141 del texto conciliado adiciona de forma explícita el conocimiento de la liquidación judicial por parte de la jurisdicción administrativa, aunque esto no modifica la situación que se viene presentando, ya que en el Código en vigencia aunque no se encuentre explícito, sí es permitido. El artículo mencionado señala lo siguiente: "Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando ésta 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".

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, expediente: 35.026, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de junio de 2007, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, expediente: 14.669.

En esta medida, este artículo entra a complementar lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, al indicar que es la jurisdicción contencioso administrativa competente para conocer de las controversias relativas a la liquidación del contrato, siempre y cuando se hayan agotado las instancias de liquidación de mutuo acuerdo y la posterior liquidación unilateral por parte de la Entidad Estatal, cuando a ello hubiere lugar.

Por otro lado, en relación con la procedencia de la acción en la etapa contractual el artículo 87 del vigente Código y el artículo 141 del texto conciliado mantienen la misma lógica de ser la herramienta jurídica idónea para controvertir cualquier etapa del contrato estatal, sin embargo, hay algunos aspectos que fueron modificados en el proyecto de ley que merecen atención.

Lo primero que se mantiene es que en la pretensión contractual se podrá pedir la declaración de existencia o nulidad, ordenar su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar perjuicios y cualquier otra declaración y condena, conservando el carácter de ser una lista meramente enunciativa y no taxativa de las posibles peticiones que se pueden realizar en el proceso.

En este punto es novedosa la inclusión a esta lista enunciativa la petición de la nulidad de los actos administrativos contractuales, la cual, en el fondo, se ocupa de conocer sobre la revisión de la legalidad de los mismos, lo que en realidad no modifica el trámite que se venía realizando, ya que la acción contractual siempre fue la acción precedente para controvertir este tipo de actos y se surtirá el procedimiento judicial establecido para tal pretensión, tal como se consagra en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a cuyas voces se lee: "Los actos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles... y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo".

De otra parte, resulta importante anotar un asunto que todavía conlleva un poco de confusión en materia de las controversias que se originen con ocasión de los actos administrativos contractuales. El debate de la legalidad de los actos administrativos en la actualidad debe llevarse a cabo a través de la acción contractual<sup>13</sup>, motivo por el cual generalmente se entiende que se debe acreditar toda la relación contractual, en especial el contrato estatal, para que se pronuncie el juez administrativo sobre este tipo de actos. No obstante lo anterior, el debate procesal se debería llevar en torno a los actos contractuales y su legalidad, mas no a la existencia y el contenido obligacional.

Reiterada es la jurisprudencia<sup>14</sup> que señala que la ausencia de copias auténticas del contrato estatal en el acervo probatorio del proceso de acción

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de agosto de 2009, M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, expediente: 17325.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, expediente: 18168, y Consejo

contractual, implica por sí la imposibilidad del juez natural de conocer de primera mano el contenido obligacional de la partes, motivo por el cual toda pretensión en el trámite de esta acción se declararía inhibitoria.

Así pues, brilla por su ausencia en el Proyecto de Ley y en el texto conciliado, motivo por el cual deberá ser llenado de contenido por la jurisprudencia, que al entender que los actos administrativos contractuales son verdaderos actos administrativos, aunque expedidos en la etapa contractual, típica actividad contractual –sentencia del Consejo de Estado de 18 de septiembre de 1997, expediente 9118, M.P.: RICARDO HOYOS DUQUE– el debate procesal debe girar en torno al mismo y no a la existencia del contrato estatal, razón por la cual el juez administrativo no necesitará obligatoriamente de la acreditación por medio de copia auténtica del contrato suscrito.

Lo anterior tiene sustento en el artículo 139 del actual Código Contencioso Administrativo y el artículo 166 del texto conciliado, donde se indica con claridad que entre los anexos de demanda se debe presentar la copia del "acto acusado". En esa medida, y acudiendo a esta interpretación lógica, la copia auténtica del acto administrativo contractual es suficiente para que el juez conozca del proceso y haga un pronunciamiento de fondo sobre el mismo. Además del precepto recién mencionado, el parágrafo 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, indica con claridad que "Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina", como dando a entender la naturaleza de las controversias que pueden ocasionarse a raíz de los actos contractuales.

Ahora bien, esta afirmación tiene que ser tomada con cautela. Si bien la copia del acto administrativo contractual puede constar en el debate procesal, es posible que la alegación del demandante sea la falsa motivación del acto, ya que el contratista, por ejemplo, no se encontraba obligado a la actividad supuestamente incumplida, situación en la cual será necesario acreditar el contenido obligacional de la relación contractual, para determinar si efectivamente ocurrió una falsa motivación del acto; mientras que, de otra parte, si el acto administrativo contractual se demanda por la ausencia de la ejecución del procedimiento establecido en el manual de contratación que tiene fundamento en el debido proceso, como sucede con las multas, de conformidad con los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 87 del Decreto 2474 de 2008, los únicos puntos a acreditar por parte del contratista será todo el procedimiento administrativo para la expedición del acto administrativo contractual, sin requerir, por tanto, la acreditación del contrato estatal suscrito<sup>15</sup>.

de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, expediente: 11978.

15 La anterior reflexión se encuentra respaldada por un fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera de 23 de junio de 2010, expediente 16.494, con ponencia de ENRIQUE GIL BOTERO, en donde se "...precisa que la ausencia del contrato estatal, en el expediente de una

En conclusión, la acreditación de las copias en el debate procesal tiene que girar en torno al debate efectivo de las partes del proceso, luego todos aquellos que resulten verdaderamente determinantes deberán acreditarse, pero no puede establecerse una regla generalizada de acreditación de copias en las acciones contractuales o en las futuras pretensiones contractuales. La regla, más bien, debe consistir en la efectiva atención al debate procesal, motivo por el cual cuando no se debate la existencia o el contenido obligacional del contrato, no da lugar a acreditar circunstancias contractuales, sino sólo las de la legalidad del acto.

Consideramos por tanto, que el Proyecto de Ley, si bien no incluyó tal disposición específica, deberá la jurisprudencia causar el rumbo de que los debates procesales, por lo menos en lo relativo a la contratación estatal, deben ceñirse a los asuntos controvertidos y, por tanto, pueden ser de naturaleza diferente, como el caso de los actos administrativos contractuales.

## CONCLUSIÓN

Con lo expuesto, se observa que fueron de diversa índole las modificaciones que se incluyeron en el texto conciliado del Proyecto de Ley 198 de 2009 del Senado de la República y el Proyecto de Ley 315 de 2010 de la Cámara de Representantes en lo relativo a la pretensión contractual; sin embargo, algunos aspectos determinantes en el ámbito procesal e incluso sustancial del Derecho Administrativo se vieron afectados, por lo que la oportunidad de aclarar temas importantes frente a las prestaciones sin contrato, los debates de legalidad de actos administrativos contractuales y al objeto de la jurisdicción contencioso administrativo queda en vilo hasta que se pongan en práctica sus prescripciones.

No obstante lo anterior, observamos que es un texto que se encuentra sujeto a modificaciones en los debates que faltan por suceder, por lo que algunos de los comentarios pueden tener asidero en aras de clarificar puntos que en la actualidad generarían alguna duda a los usuarios de la jurisdicción.

acción contractual, no impide, inexorablemente, decidir de fondo, porque todo depende del alcance que tenga el debate procesal. En estos términos, no pueden negarse automáticamente las pretensiones o las excepciones del proceso, simplemente porque en el proceso no reposa el contrato, en original o en copia auténtica. Es necesario hacer un análisis, en cada caso, sobre la causa *petendi* y las pretensiones, en función de la necesidad del texto del contrato para pronunciarse sobre ellas, pues en casos como el *sub iudice* el contenido de las obligaciones del negocio –valor del contrato, forma de pago, plazo, entre otros acuerdos-, no se requiere para decidir de fondo...”.