

Contencioso contractual en Colombia

Flexibilidad del control e inestabilidad del contrato

La presentación del contencioso contractual suele hacerse a partir de las acciones derivadas del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, explicando su alcance y características¹. Es posible también dar un panorama general a partir de los temas del proceso contencioso administrativo contractual: titularidad de las acciones y legitimación en la causa, acciones contra actos contractuales, caducidad de las acciones, nulidades contractuales, pretensiones. El profesor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO propone una clasificación binaria: contencioso subjetivo, y contencioso objetivo, a partir de las posibles pretensiones en torno al contrato².

El presente ensayo no pretende dar esa idea de conjunto del contencioso administrativo contractual para el que es necesario un desarrollo significativo, sino enunciar su desarrollo y perspectivas recientes, a partir de las instituciones surgidas de la Constitución de 1991 y de su desarrollo legislativo y jurisprudencial. La Carta de 1991 otorgó al juez un papel preponderante, como garante y en cierta medida realizador de la efectividad de los derechos consagrados por ella y genéricamente del derecho sustancial³, de tal suerte que la concepción misma del juez se ve transformada; transformación aún más significati-

va en el contencioso administrativo contractual, por enfrentarse a ese híbrido inclasificable del contrato de la administración a medio camino entre las prerrogativas de poder público y el acuerdo de voluntades fundado sobre la igualdad jurídica de las partes.

Nuestro contrato estatal, surgido de la Ley 80 de 1993 en plena eclosión del neoliberalismo y la apertura de mercados de la primera mitad de los años noventa, se debate entre la nueva concepción anglosajona económica del contrato —que ve en él ante todo un instrumento de intercambio de bienes y servicios— y la concepción clásica del contrato administrativo, en la que el contrato es un vehículo institucional a través del cual la administración logra la colaboración de los particulares en los fines públicos, asegurando su control con poderes especiales derivados de su calidad de titular del interés general.

La dinámica del contencioso contractual ve en ella reflejada esta tensión, reforzada por las transformaciones constitucionales, todo lo cual incentiva una mayor flexibilidad del procedimiento, a veces para realizar el fondo del negocio jurídico y en otras ocasiones para extender el control de su regularidad. En esta proyección, las concepciones novedosas y el alcance de los

cambios no están aun decantados: la jurisprudencia duda, avanza y retrocede, y con ella las reformas legislativas. La inseguridad jurídica consecuente constituye también una característica del contencioso contractual reciente. Esta actualidad puede apreciarse a través de dos géneros del contencioso contractual: el de ejecución y el de nulidad.

I. CONTENCIOSO DE EJECUCIÓN

Entre las distintas pretensiones procesales previstas por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA) para la acción contractual dos tipos genéricos revelan transformaciones importantes: aquellas que plantean el incumplimiento de una de las partes contratantes y las que se encaminan a revisar el contrato.

A. INCUMPLIMIENTO

Tradicionalmente el contencioso originado en el incumplimiento fue objeto de características particulares debido a la presencia de la Administración, tanto por lo que ella puede pedir al juez ante el incumplimiento de su contratista, como lo que éste puede pedir por el incumplimiento de aquélla. Los dos aspectos son objeto de transformaciones.

1. Incumplimiento del contratista

En principio, el incumplimiento de una parte da lugar para que la otra solicite al juez su constatación y lo condene al pago de perjuicios subsiguientes⁴. En el contrato administrativo clásico el principio es limitado, por cuanto la administración tiene poderes de vigilancia y control frente a

su contratista, a los que no puede renunciar. Estos poderes irrenunciables no constituyen sólo un privilegio sino también una responsabilidad para ella. La Administración no puede dejar de ejercerlos si las circunstancias lo exigen, al punto que le está vedado acudir al juez para que éste declare un derecho u obligación, una sanción o un estado de hechos que ella misma podría haber efectuado de manera unilateral y en fase administrativa. El juez tan solo puede pronunciarse sobre la licitud de los actos que la administración profirió en ejercicio de sus poderes. En estos aspectos, el juez no define derechos y obligaciones, sino controla la legalidad de los actos de la administración a través de los cuales ésta ha definido unilateralmente derechos y obligaciones.

Esta limitación procesal, inherente a las prerrogativas del acto administrativo que nos venía del derecho francés, sufrió modificaciones importantes con la Ley 80. Siguiendo la concepción francesa, el contrato administrativo tenía implícitas prerrogativas irrenunciables a favor de la administración contratante, aún cuando éstas no fuesen previstas por las partes en el texto del contrato. El antiguo estatuto contractual (Decreto-Ley 222 de 1983) establecía que la calificación del contrato administrativo contenía la aplicación del título IV del estatuto que establecía las cláusulas exorbitantes de caducidad, interpretación, modificaciones y la terminación unilaterales⁵.

La supresión de la dualidad de contratos de la Administración: contratos administrativos y contratos de derecho privado, contenida en el nuevo estatuto de la Ley 80 a favor de una sola categoría: el contrato estatal, introdujo una concepción diferente frente a las cláusulas exorbitantes. El legislador de 1993 restringió los poderes

de la administración contratante conservando las cláusulas exorbitantes obligadas tan solo para los contratos que tuviesen un vínculo directo con el servicio público o con la explotación de bienes del Estado⁶. Más aún, las prohibió en los contratos marcadamente comerciales o en los que las prerrogativas fueron consideradas inconvenientes⁷ y estableció tan sólo su posibilidad de inclusión en los contratos de suministro y de prestación de servicios (art. 14, num. 2, inc. 2.º).

En estas condiciones, el principio de irrenunciabilidad de los poderes, restrictor de las pretensiones de la Administración contratante, se vería mitigado en la medida en que, careciendo de sus prerrogativas de declaración unilateral de derechos y obligaciones, la administración habría de acudir al juez para lograr estas declaraciones. Además, la restricción de los poderes no sólo tuvo una expresión cuantitativa sino también cualitativa. El legislador estableció genéricamente unas finalidades específicas que habrían de guiar y legitimar su ejercicio. El artículo 14 de la Ley 80 prescribe en efecto que los poderes se ejercen “con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”. Por consiguiente, si estos supuestos, reiterados por los artículos que describen cada uno de los poderes exorbitantes⁸, no se presentan, la administración no estará habilitada para ejercer sus prerrogativas fruto de las cláusulas exorbitantes y estará obligada a acudir al juez para que resuelva el diferendo que tenga con su contratista.

2. Incumplimiento de la Administración

Bajo la influencia de la concepción francesa de la separación de poderes, el dere-

cho administrativo estableció el principio general según el cual el juez no puede imponer un comportamiento a la Administración, lo que en materia contractual constituye una diferencia frente al derecho privado en el que, en virtud del artículo 1546 del Código Civil, cuando uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones, “podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. Nuestra doctrina afirma aún hoy que “el fin de la administración pública que es la satisfacción del interés público, se opone a que el colaborador privado pueda imponerle coercitivamente la ejecución de un proyecto que deliberadamente ha optado no desarrollar, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley de obtener una justa y equitativa reparación económica”⁹.

Pero es necesario aclarar cuál es el alcance de la prohibida acción de cumplimiento contractual. El ejemplo transcrito sobre la oposición a la voluntad de la Administración –argumento recurrente de la impertinencia de la acción– en realidad no parece pertinente, en la medida en que parte de la voluntad expresa de la Administración de terminar unilateralmente el contrato. Es decir, que el diferendo no se refiere a un problema de incumplimiento por su parte, sino a la posibilidad que tendría el contratista de oponerse al ejercicio de un poder exorbitante de resolución unilateral del contrato. Los eventos de incumplimiento de la Administración, que generarían una acción de cumplimiento, excluyen entonces los comportamientos justificados de la administración contratante. Ejemplos de aquellos serían el negarse a entregar a su contratista terrenos, planos, documentos o información importante para la ejecución del contrato; incumplir sus obligaciones de colaboración

para completar la información necesaria para hacer un estudio de consultoría encomendado al contratista, la puesta a su disposición de personal administrativo prometido, las gestiones para obtener una licencia necesaria para el contrato, la compra de terrenos para adelantar las obras igualmente a su cargo, etc.

En la actualidad, bajo la Constitución de 1991 y la dinámica jurisprudencial, la restricción por lo menos no parece tener la misma significación. No hay que olvidar su origen completamente político, surgido del temor de los constituyentes franceses post revolucionarios frente al poder de los tribunales provinciales del antiguo régimen, quienes con sus prerrogativas de inaplicación de las reformas reales contribuyeron a la caída de la monarquía. Minimizando este origen histórico de la restricción, se argumenta que ella es inherente a la tridivisión del poder. Sin embargo, se omite que en la verdadera cuna de la teoría de la tridivisión del poder, esto es Inglaterra, así como en la jurisprudencia del desarrollo equilibrado entre los poderes públicos de los poderes de Estados Unidos, las órdenes a la Administración son corrientes y no parecen contrarias a la garantía de independencia del poder ejecutivo.

Inclusive en Francia el principio es objeto de revisión y restricción. Así, la Ley de 8 de febrero de 1995 dio a los jueces administrativos la competencia para dirigir órdenes a la Administración (*astreintes*) con el objetivo de asegurar la ejecución de una sentencia¹⁰. Así, luego de haber obtenido la declaración de nulidad de la decisión de suscribir un contrato de venta de un inmueble municipal, acto separable por esencia, los esposos LÓPEZ afectados con el acto anulado lograron que el juez ordenara al municipio contratante dar plena ejecución a la sentencia de nulidad del acto separable, instaurando la demanda de nulidad

del contrato en un plazo perentorio de dos meses¹¹. En esta misma inspiración, la jurisprudencia ha restringido el viejo y sólido adagio del derecho administrativo francés, según el cual “una obra pública mal instalada no se destruye”¹². Los tribunales han ordenado la realización de obras sobre las construcciones públicas¹³, su desplazamiento¹⁴ e incluso pura y simplemente su demolición, cuando han sido construidas de manera irregular¹⁵. Por su parte, el Consejo de Estado ha establecido recientemente, en una posición más moderada pero evolutiva del principio tradicional, que antes de ordenar su destrucción, el juez ha de hacer un balance entre los perjuicios y las ventajas generados por la obra irregularmente implantada¹⁶.

A esta realidad conceptual se suma la preponderancia que ha tomado en el mundo el papel de los jueces como garantes de los derechos de los individuos, en particular frente al poder del Estado, restringiendo la sombra del temor sobre el gobierno de los jueces. Nuestra Constitución de 1991 se orientó decididamente en esta dirección, materializada en las distintas acciones constitucionales que buscan dar efectividad a los derechos consagrados por la Carta. Entre ellas encontramos la acción de cumplimiento a través de la cual toda persona puede acudir ante el juez administrativo para hacer efectivo el cumplimiento de leyes o actos administrativos¹⁷. Es cierto que el precepto constitucional tiene una restringida aplicación en los contratos estatales, no sólo por cuanto se dirige a los derechos y obligaciones surgidos no del contrato sino de la ley o de un acto administrativo, sino también porque la ley que la reglamentó estableció, como lo ha explicado la jurisprudencia, que la acción tan solo procede frente a los actos individuales comprensivos de una obligación expresa, clara y exigible, que haga po-

sible el mandamiento para su cumplimiento¹⁸. No obstante, la acción constitucional es indicativa de la clara voluntad del constituyente de forzar comportamientos de la Administración.

Otras acciones constitucionales como la tutela o la acción popular, de cuyas implicaciones contractuales nos ocuparemos más adelante, son de entera aplicación en materia contractual y legitiman poderes al juez para que ordene comportamientos concretos a la administración contratante, incluso mediante medidas cautelares adoptadas con la admisión de la demanda, tendientes a amparar los derechos fundamentales de los contratistas o de terceros (acción de tutela) o los derechos colectivos (acción popular).

Bajo este ambiente constitucional, parece imponerse una lectura diferente a la tradicional del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo sobre las acciones contractuales. Nuestras jurisprudencia¹⁹, como nuestra doctrina²⁰, han destacado que el artículo no prevé ninguna acción de cumplimiento, lo que sumado a las tesis tradicionales de prohibición de órdenes dirigidas a la Administración, haría concluir que la acción de cumplimiento contractual no es posible. Con todo, teniendo como telón de fondo la evolución en la materia, el referido artículo 87 no establece en realidad una restricción concreta. En sentido literal, el artículo limitaría la acción de cumplimiento tanto al contratista como a la administración, por cuanto establece que la declaración de incumplimiento hecha por el juez a solicitud de cualquiera de las partes, permite proferir condena contra el responsable a indemnizar perjuicios. No obstante, complementa esta disposición previendo que pueden hacerse otras declaraciones y condenas, con lo que no estaría excluyendo la aplicación de la pretensión de cumplimiento prevista en el artículo 1546 del Código Civil²¹.

B. REVISIÓN DEL CONTRATO

La revisión del contrato realizada por el juez bajo sus dos modalidades: revisión inicial (lesión) y revisión durante su ejecución (imprevisión), pone en peligro su estabilidad. En uno y otro caso el juez reemplaza la voluntad de las partes en aras de una mayor justicia o de la equidad del intercambio económico a la base del contrato. La concepción tradicional rechaza tal enorme y peligroso poder del juez. Frente a la lesión, resuenan las voces de los defensores a ultranza del liberalismo y de la autonomía de la voluntad, para quienes todo contrato libremente consentido es justo sin importar su contenido²². El Código Civil recoge este espíritu restringiendo la lesión al contrato de compraventa de inmuebles²³, y a condición de una desproporción muy significativa en su precio: mayor o menor en 50% del valor real del bien vendido²⁴. Y frente a la imprevisión, sencillamente no la menciona²⁵. El derecho contemporáneo reaccionó frente a la injusticia del derecho civil tradicional y nuestro Código de Comercio contempló la imprevisión. No obstante, su aplicación es delicada. Si bien es cierto en virtud de ella el juez tiene el poder de revisar el contrato según el artículo 868 de este Código²⁶, el legislador no le indicó en qué sentido debía revisarlo, acudiendo a un lacónico parámetro de la equidad o a la medida extrema de resolución del contrato, sin indicar tampoco en este evento cómo se distribuirían las cargas de su terminación anticipada. Y en realidad, la norma difícilmente podría dar una solución concreta frente a las cargas nuevas, no previstas por las partes, y cuya repartición entre éstas resulta más o menos arbitraria.

El contrato administrativo clásico dio un instrumento particular al juez. Desde el fa-

llo *Gas de Burdeos* de 1916, el Consejo de Estado Francés, interpretando los principios del contrato administrativo y la importancia del servicio público cuya continuidad es indispensable, reconoce en estos eventos una indemnización compensatoria de las pérdidas al contratista, para evitar su ruina, que en últimas lo llevaría a la paralización del servicio público a su cargo²⁷. Pero incluso esta solución es doblemente restrictiva, no sólo por la rareza de los casos de imprevisión en países en los que las cláusulas contractuales dejan poco campo a lo imprevisible, sino por la naturaleza temporal de la situación extracontractual. En efecto, el fundamento solidario de la indemnización reconocida al contratista hace que la administración contratante reconozca las pérdidas transitorias, mientras se vuelve a las condiciones originales del contrato. Pero si el desequilibrio estructural del contrato se perpetúa, el juez francés considera que el Estado no tienen la obligación de mantener un servicio que se ha tornado definitivamente deficitario. Es lo que ocurrió en el caso de los tranvías de la ciudad de Cherbourg, en el que la aparición de la competencia de los buses a gasolina al comienzo del siglo xx generó un desequilibrio definitivo en las finanzas del contrato de concesión de tranvías. El contratista aumentó al máximo económicamente competitivo sus tarifas sin que ello pudiese reequilibrar la economía de su contrato. La era de oro del tranvía había llegado a su fin. En este evento, el juez administrativo francés se enfrentó al problema de nuestro juez comercial contemporáneo ante la necesaria revisión estructural del contrato. Su solución fue incitar a las partes a renegociarlo bajo las nuevas bases definitivas, para no remplazarlas imponiendo una solución, renegociación sobre la que pendía la amenaza de resolución del contrato por el mismo juez, en el evento de fracaso

del arreglo directo, con las eventuales condenas indemnizatorias no sobre la base de una particular distribución de los riesgos, sino del comportamiento leal de las partes ante la necesaria renegociación²⁸.

Esta lógica clásica del contrato administrativo cambió de manera importante entre nosotros con el advenimiento de la Ley 80. En primer lugar, los textos son contradictorios. El artículo 27 sienta un principio de ecuación contractual según el cual “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”. Por consiguiente, el equilibrio financiero clásico, en favor exclusivo del contratista, derivado del espíritu solidario de la Administración para con él, se transforma en un equilibrio de la relación comercial entre las partes, que puede ser tanto a favor del contratista como de la administración contratante. En este sentido, el artículo 4.º establece el derecho de ésta a “solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato”. Sin embargo, el artículo 3.º sobre las finalidades de la contratación pública enuncia un principio de garantía de beneficios, ofrecido al contratista²⁹, mientras que el artículo 5.º le garantiza tan sólo una indemnización hasta el punto de no pérdida, en caso de imprevisión³⁰.

En medio de estas contradicciones, el Consejo de Estado concluyó que las finalidades indicadas en el artículo 3.º indicaban que los intereses de las partes eran antagónicos, “para la administración: el logro de

los fines esenciales del Estado; para el contratista: la obtención de un provecho económico³¹ y por lo tanto, sobre la base de esta distribución, había que interpretar que el punto de no pérdida al que se refiere el artículo 5.º conllevaba en realidad una indemnización plena en la que se incluía no sólo el daño emergente, sino también la integralidad del lucro cesante³². Por su parte, la Corte Constitucional enunció el principio de la “garantía del patrimonio integral de los particulares” sobre la base de los artículos 2.º (finalidades del Estado), 13 (principio de igualdad), 58 (derecho a la propiedad privada) y 90 (principio de responsabilidad de las entidades públicas) de la Constitución, para concluir que en virtud de este principio, todos los riesgos aparecidos durante la ejecución del contrato, y no previstos por el contratista o imputables a él, habrían de ser trasladados a la administración contratante³³. Tanto el juez administrativo como el constitucional enunciaron así una revisión del contrato sistemáticamente a favor del contratista, a quien se aseguraría no sólo la intangibilidad de su remuneración, como principio fundamental del contrato administrativo, sino también la de sus ganancias, garantía exagerada, frente a toda la doctrina y jurisprudencia tradicional. Aunque ciertos tribunales de arbitramento han reconocido que el traslado de riesgos no es automático para la Administración³⁴, el juez arbitral no repara en condenar a la Administración a conservar contratos estructuralmente deficitarios, asumiendo que ella está en la obligación de soportar el déficit del contrato hasta su culminación, lo que resulta gravísimo cuando el contrato es de larga duración³⁵.

No obstante, la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado ha revisado su posición inicial frente al tema, para acordar una indemnización parcial a su contra-

tista en caso de imprevisión, limitada al daño emergente cuando hay lugar a la imprevisión, acorde con la jurisprudencia clásica del contrato administrativo y con el texto de la Ley 80.

Por su parte, la doctrina resalta que en los casos de impresión no dan lugar en estricto sentido a una revisión de los términos del contrato, sino a una indemnización a favor del contratista sin que haya verdadera responsabilidad³⁶, y previene contra los poderes del juez en el redefinición de las cláusulas del contrato³⁷. Pero en realidad, si el desequilibrio estructural se perpetúa, como ha sucedido en muchos casos de las concesiones viales, el juez se verá abocado a revisarlo o a resolverlo [...] y en uno y otro caso, las soluciones concretas, tanto de nuevas cláusulas como de indemnizaciones eventuales, serán fruto de su creación, puesto que el derecho positivo no brinda soluciones de principio. En ambos casos, la ausencia de definición jurisprudencial genera incertidumbre jurídica.

II. CONTENCIOSO DE NULIDAD

Este contencioso pone en tela de juicio la validez del contrato mismo o de los actos que profiere la entidad contratante en uso de sus potestades unilaterales antes del contrato o durante su ejecución.

A. NULIDAD DEL CONTRATO

El régimen de nulidades contractuales presenta cierta ambivalencia en su dinámica: por un lado, el carácter público de la relación tiende a aumentar el rigor de los requisitos de validez del contrato, así como de los mecanismos para hacer efectivo su control. Pero, por otro lado, la

dinámica hacia el derecho privado y la protección de los intereses económicos en juego propenden por la preservación del vínculo contractual.

1. Extensión de la nulidad absoluta del contrato

En la integración de la teoría general del contrato al contrato estatal y de la regla del artículo 13 de la Ley 80 sobre el régimen jurídico de los contratos estatales³⁸, el artículo 44 de la Ley 80 remite a las nulidades del contrato civil y comercial³⁹, pero las complementa con otras específicamente públicas⁴⁰, entre las cuales las siguientes necesitan precisiones particulares con relación a sus implicaciones contenciosas:

En primer lugar, los contratos son nulos por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Las inhabilidades son definidas por la jurisprudencia como “la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con las entidades estatales”⁴¹, y por la doctrina administrativa como “impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidad para el ejercicio del cargo”⁴². Por su parte, las incompatibilidades son “las prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo”⁴³. La necesaria imparcialidad en los procedimientos de formación de la voluntad de la administración contratante para la escogencia del contratista hace necesario un régimen particularmente estricto⁴⁴. La Constitución se había ya ocupado de reforzar el régimen de incompatibilidades de los congresistas (arts.

180 y 181), estableciendo incluso que su violación es causal de pérdida de la investidura (art. 183). La Ley 80 refuerza el régimen de inhabilidades e incompatibilidades específicamente contractuales, al punto de establecer, por ejemplo, la prohibición de contratar con una sociedad anónima no abierta en la que un accionista es cuñado de un asesor de la entidad contratante⁴⁵.

La segunda causal de nulidad de los contratos estatales es la suscripción del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal. Una interpretación restrictiva –necesaria para la seguridad jurídica– indica que la disposición se refiere a los contratos expresamente prohibidos por la Constitución o la ley, como la enajenación de bienes de uso público⁴⁶. Pero algunos autores ven en ella prácticamente una equivalencia con la ilegalidad. Así, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO considera que en la medida en que el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 prescribe que las entidades contratantes no actuarán con desviación o abuso de poder y les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto, toda violación a una norma imperativa es constitutiva de la causal de nulidad del contrato⁴⁷. La jurisprudencia, por su parte, ha declarado la ocurrencia de la causal, por ejemplo, cuando existen graves irregularidades en el proceso de selección del contratista⁴⁸ o en un evento de violación de la prescripción presupuestal que prohibía celebrar contratos con recursos provenientes de empréstitos cuando éstos no estuviesen perfeccionados y desembolsados⁴⁹, o la que prohíbe comprometer vigencias futuras⁵⁰, así como la celebración de un contrato de venta de buses de una empresa oficial de transporte urbano sin haber obtenido previamente autorización de la Dirección General de Aduanas para tal efecto, requisito absolutamente indispensable para ello⁵¹.

Igualmente encuentra la ocurrencia de la causal en la celebración de una prórroga de contrato violando el plazo máximo de duración del contrato establecido en la ley⁵².

Esta segunda causal es trascendente y delicada, por cuanto la sanción de la invalidez del contrato se ve aumentada por el deber de las entidades estatales contratantes, y no simple posibilidad de terminar unilateralmente el contrato cuando exista la causal. La jurisprudencia⁵³ y la doctrina⁵⁴ consideran que no se trata de un poder de declaración de nulidad, poder estrictamente reservado al juez. Sin embargo, aunque la terminación unilateral no tiene la fuerza de cosa juzgada de la declaración de nulidad, el efecto inmediato es el mismo, por cuanto se otorga a la entidad la competencia para valorar y determinar unilateralmente la ocurrencia de la causal, terminar el contrato y proceder a su liquidación (art. 45), siguiendo para este último paso las reglas de indemnización en caso de nulidad absoluta del contrato (art. 48). Ello significa que es la entidad quien tendrá la valoración de la ocurrencia de la causal, poder cuya extensión es difícil de definir por cuanto, si bien la jurisprudencia no la asimila a simple ilegalidad del contrato, los ejemplos reseñados indican la diversidad de eventos posibles.

Este poder de terminación unilateral también existe en caso de la ocurrencia de la primera causal reseñada, esto es, la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades, lo que implica igualmente una calificación administrativa de su ocurrencia.

En fin, la Administración puede de igual manera terminar unilateralmente el contrato si se presenta la 4.^a causal de nulidad definida en el artículo 44 de la Ley 80, esto es, cuando se declaren nulos los actos en que se fundamente el contrato. La Ley 80 había previsto un régimen separado de nu-

lidad de la adjudicación y del contrato, lo que generaba que la declaratoria de nulidad de aquella no conlleva la invalidación de éste. Coherente con esta concepción esta causal preveía la nulidad del contrato en este evento. Pero la Ley 448 de 1996, reformativa del procedimiento contencioso administrativo, estableció que si el contrato ha sido suscrito, los actos previos a su celebración tan sólo serán demandables con la nulidad del contrato. Sin llegar a crear una nulidad automática del contrato por la declaración de nulidad de los actos previos, la restricción procesal impone la doble impugnación de los actos y del contrato, con lo que se refuerza la efectividad de la nulidad de éste último⁵⁵. Pero veremos cómo restringe la impugnación de los actos previos.

Desde otra perspectiva, la amplitud dada por la Ley 80 a la legitimación en la causa para pretender la declaración de la nulidad absoluta del contrato constituye otra manera de reforzar el control. El artículo 45 dio carácter popular a la acción de nulidad absoluta del contrato estatal, al establecer que cualquier persona podía ejercerla, lo que abrió el universo cerrado tradicional del contrato –tanto público como privado– en el que sólo las partes y los directamente interesados o el Ministerio Público, en representación de la sociedad, pueden cuestionar la validez del contrato. Además, la Ley 80 restringió la posibilidad de saneamiento de las nulidades establecida en el régimen común, no sólo para las nulidades relativas sino también para las absolutas distintas de la causa y el objeto ilícitos⁵⁶. El artículo 45 prescribe que la nulidad absoluta “no es susceptible de saneamiento por ratificación”.

2. *Protección de la relación contractual*

Sin embargo, la amplitud de los controles

de la Ley 80 tuvo frenos importantes por la evolución legislativa y jurisprudencial.

La primera, es la reforma de la Ley 466 de 1998. La acción pública de nulidad del contrato ofrece a la sociedad un instrumento de control de su licitud, pero al mismo tiempo crea una gran inseguridad jurídica entre las partes, quienes ven así expuesta la estabilidad del contrato a la crítica de terceros. Por ello, el legislador de 1998 retornó a la restricción de la legitimación en la causa de la posición tradicional, que exige un interés directo en el contrato para poder pretender su nulidad⁵⁷.

Además, modificó el régimen de caducidad de la acción, acortándolo de manera significativa. Así, los actos previos a la celebración del contrato tan sólo son impugnables ante el Contencioso Administrativo en el plazo de 30 días, siempre y cuando el contrato no se haya suscrito, como ya lo habíamos anunciado. Y en cuanto a la acción de nulidad del contrato, también redujo su término de caducidad a dos años contados a partir de su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato es superior a dos años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco años, contados a partir de su perfeccionamiento (art. 136 num. 10 lit. e CCA) modificado por art. 44 Ley 446 de 1998). La Corte Constitucional ha clarificado que este término se aplica a los contratos adicionales o a las modificaciones del contrato inicial a partir del perfeccionamiento de las adiciones o modificaciones, y no la del contrato inicial⁵⁸.

La segunda forma de protección del contrato es el régimen de nulidades relativas. El artículo 46 de la Ley 80 establece que “los demás vicios que se presenten en los contratos [distintos de los constitutivos de nulidad absoluta] y que conforme al dere-

cho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio”. Con todo, cabe preguntarse sobre el contenido y alcance concretos de las nulidades relativas en materia administrativa. Con relación al particular contratista no existe diferencia de la concepción y régimen establecidos por el derecho privado. Los vicios de su voluntad o los problemas de incapacidad relativa se rigen integralmente por el derecho privado. Pero en el caso de la administración contratante, la protección de su voluntad no tiene los mismos alcances. El particular puede disponer libremente de su consentimiento, lo que explica su liberalidad para ratificar el negocio jurídico que nació con violación de su consentimiento o con desbordamiento de su capacidad jurídica real. Por el contrario, la administración contratante no puede disponer libremente de su voluntad, menos aún en materia contractual en la que la formación de ésta obedece a un procedimiento reglado que se impone a ella desde la estructuración del negocio hasta la selección de su contratista. ¿Puede entonces ratificar su consentimiento validando fallas que han viciado el procedimiento que la ley, o ella misma a través del pliego de condiciones, considerado ley de la licitación y del contrato⁵⁹, han establecido como de obligatorio cumplimiento?

El Consejo de Estado ha permitido que un municipio valide implícitamente un contrato de compromiso suscrito en nombre suyo por un abogado sin poder para hacerlo. El abogado tenía poder para adelantar una conciliación a nombre del municipio. Ante el fracaso de las negociaciones conciliatorias, las partes decidieron someter el caso a la justicia arbitral, por lo que el abogado fir-

mó a nombre del municipio el correspondiente compromiso sin haber obtenido previamente la ampliación de su poder. Convocado el tribunal de arbitramento, el municipio respondió la demanda con la debida representación. Aplicando razonamientos de derecho privado sobre la naturaleza de la relación jurídica así creada, el Consejo de Estado consideró que el negocio celebrado sin poder para representar al municipio (contrato de compromiso) quedó en estado de pendencia, hasta que fue ratificado implícitamente por el municipio al responder la demanda en el tribunal de arbitramento. La pregunta que queda en suspenso es si es posible este razonamiento privatista aplicado a la Administración, cuando las reglas específicas disponen quién puede celebrar contratos a nombre de ellas (art. 11) y los procedimientos de habilitación a otros, esencialmente a través de la delegación interna de funciones (art. 12).

Recientemente la alta Corporación se preguntó sobre la posibilidad de ratificar un contrato de sociedad suscrito por un alcalde quien recibió tan sólo posteriormente la correspondiente habilitación de su concejo municipal⁶⁰. ¿Pueden así subsanarse incompetencias esenciales para la contratación administrativa, cuando son expresamente exigidas por la ley? ¿Podrían sanearse otro tipo de irregularidades de tipo presupuestal, por ejemplo, obteniendo reservas o certificados para el gasto generado por el contrato luego de su suscripción? En uno y otro caso, bajo la interpretación jurisprudencial, estamos en presencia de requisitos de perfeccionamiento del contrato y por consiguiente su omisión no constituye un vicio de validez del contrato, sino de existencia. Más que saneamiento, ¿podríamos concluir que se trata de una ratificación, siguiendo el razonamiento privatista del poder pendiente, antes expuesto?

Pero además, si no se consideran como requisitos de existencia sino de validez del contrato, en principio ellas no darían lugar a nulidades relativas, sino absolutas, no sólo por la interpretación extensiva del Consejo de Estado sobre la causal consistente en suscribir contrato contra expresa prohibición legal (Ley 80, art. 44, num. 2), sino por cuanto el régimen común de nulidades indica que es absolutamente nulo el contrato que “contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa” (art. 899 C. Co.). Además, sabemos que el artículo 45 de la Ley 80 prohibió el saneamiento todas las nulidades absolutas.

Estas consideraciones restringirían sustancialmente el campo de aplicación de las nulidades relativas a la voluntad de la administración contratante, en la medida en que todas las normas reguladoras de la formación de su voluntad son de obligatorio cumplimiento, lo que incluye no sólo lo dispuesto en las leyes y decretos, sino también lo que la misma administración ha establecido en el pliego de condiciones.

Con el ánimo de limitar el formalismo del derecho administrativo y dar validez a los compromisos adquiridos, podría seguirse un criterio según el cual la ratificación es posible sin no se violan principios esenciales del procedimiento de contratación, en particular aquellos que garantizan la libre concurrencia y ciertas reglas presupuestales básicas que garantizan la elemental planificación. La jurisprudencia habría de definir este límite ante lo esencial y lo “simplemente” legal.

En el mismo sentido, es difícil determinar fiablemente el alcance de una disposición que, en loable espíritu de salvaguardia de lo esencial, dispone que los vicios que no constituyan causal de nulidad serán saneados de oficio por la entidad contratante⁶¹. En efecto, ¿cuáles son esos vicios en el procedimiento licitatorio, caracterizado

por etapas preclusivas que han de ser fijadas por la administración en los pliegos, y en el que corregir errores puede significar retrotraer etapas o alterar la estricta igualdad de los proponentes?

B. ACTOS CONTRACTUALES

1. *Actos precontractuales*

Después de la reforma del artículo 87 del CCA (Ley 446 art. 32), se disiparon en principio las dudas y controversias sobre el contencioso de los actos administrativos que se refieren a los contratos, en particular la de identificar los actos separables de los contractuales⁶². El nuevo artículo 87 distingue los actos previos a la celebración del contrato de los propiamente contractuales, proferidos en su ejecución. Contra los primeros estableció de manera clara la posibilidad de ejercer la acción pública de simple nulidad, que por su condición de contencioso objetivo no necesita legitimación particular para su ejercicio, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que en su condición de contencioso subjetivo sí requiere probar que el actor tiene un interés directo, y permite pretender, además de la nulidad del acto, la indemnización de los perjuicios soportados en razón del acto ilegal.

No obstante, la amplitud de la acción de simple nulidad fue reducida de dos formas que ya hemos enunciado: por seguridad jurídica del contrato, el legislador de 1998 disminuyó el término de caducidad general de esta acción, de cuatro meses a treinta días. Y por otra parte, si antes de este lapso se suscribe el contrato, las acciones contra los actos previos tan sólo podrán ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad del contrato.

Hemos visto que la nulidad de los actos previos, incluso la de la adjudicación, no genera automáticamente la del contrato, aunque el artículo 44 de la Ley 80 estableció que éste era una causal de anulación del contrato. En este sentido, la reforma que exige demandar conjuntamente la nulidad de los actos previos y la del contrato es coherente. Sin embargo, ello restringe sobremanera la posibilidad real de que terceros, no directamente interesados en el contrato, provoquen un control de legalidad sobre los actos previos a través de la acción de simple nulidad. Si el contrato es suscrito poco tiempo después de la adjudicación de la respectiva licitación, los terceros no podrán demandar la nulidad de ésta.

A ello se suma que nuestro contencioso contractual no prevé medidas cautelares eficaces contra los actos previos. El Consejo de Estado ha dado a los distintos actos previos la calidad de actos administrativos y no de simple trámite, lo que permite en principio atacar el pliego de condiciones o términos de referencia⁶³ o el acto de apertura de una licitación⁶⁴ sin tener que esperar hasta la adjudicación como acto de culminación del procedimiento de selección del contratista. Por consiguiente, es posible también solicitar con la demanda de nulidad del acto, su suspensión provisional, como medida cautelar sobre la que decidirá el juez al pronunciarse frente a la admisión de la demanda. Pero esta medida no es efectiva: En primer lugar, el Consejo de Estado es en extremo exigente en la “manifiesta infracción” de una norma de mayor jerarquía, exigida por la ley como requisito para el otorgamiento de la medida cautelar⁶⁵. En segundo lugar, lo más significativo es el tiempo necesario para resolver sobre la medida cautelar. No sólo el tribunal de instancia puede tardar varios meses, sino que además su decisión es objeto de apelación ante el Consejo de Esta-

do, apelación otorgada en el efecto suspensivo⁶⁶. Por consiguiente, se pierde el objetivo de la suspensión provisional que es interrumpir los efectos del acto, es decir, paralizar el procedimiento licitatorio e impedir la suscripción del contrato cuyo fundamento sería ilegal. Si la decisión de suspensión del acto previo llega luego de la suscripción del contrato, la medida carecerá de efectos por cuanto éstos no pueden ser retroactivos y porque la medida no se pronuncia de manera definitiva sobre el fondo de su legalidad, para lo que hay que esperar la sentencia. En estas condiciones, no se materializa la causal de nulidad del contrato.

Ante esta limitación significativa del contencioso tradicional, las acciones constitucionales pueden brindar soluciones importantes. Su alcance sin embargo parece incierto...

a. Acción de Tutela

Una de estas acciones es la de tutela, prevista en el artículo 86 de la Carta para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Mediante procedimiento expedito e informal, cualquier persona puede solicitar ante los jueces del lugar donde ocurran los hechos la protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado por la acción u omisión de cualquier autoridad pública⁶⁷.

Así, en una licitación de obra pública realizada en un municipio, la entidad contratante quiso favorecer a la ingeniería local a través del otorgamiento de puntajes adicionales a los proponentes que tuviesen domicilio en la localidad. Algunos candidatos residentes en los municipios vecinos solicitaron a la entidad contratante la modificación de los pliegos para suprimir esta ventaja otorgada a los ingenieros locales.

Ante la negativa de la entidad, promovieron una acción de tutela por violación del derecho constitucional a la igualdad. La Corte Constitucional consideró que efectivamente el derecho a la igualdad se veía afectado, pese a las intenciones loables de la medida a favor del empleo y la industria local⁶⁸. No obstante, no amparó el derecho por no darse el requisito indispensable de la acción que le otorga un carácter subsidiario: la ausencia de una acción ordinaria para reclamar. Este requisito de la acción de tutela, que busca evitar que el amparo constitucional se convierta en una vía alterna sistemática para todo evento, es analizado por la jurisprudencia en sentido concreto en cada caso. El criterio general indica que la tutela procede sólo cuando las acciones normales no tengan la efectividad suficiente para evitar la violación inminente del derecho fundamental⁶⁹ o incluso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁷⁰.

Pero el análisis concreto no deja de generar incertidumbre. En el caso reseñado la Corte, consideró, por ejemplo que existía una vía ordinaria suficientemente efectiva: la suspensión provisional. Con todo, hemos visto sus limitaciones, que se manifestaron justamente en el caso revisado por la Corte. Para solucionar esta limitación, podría acudir a la reglamentación de la tutela que contempla medidas provisionales habilitadoras de una suspensión más rápida del acto, por cuanto permiten al juez disponer lo que considere “necesario y urgente para proteger el derecho” y “no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”⁷¹. La Corte ha mostrado una concepción evolutiva frente al alcance de esta disposición. Inicialmente consideró que la suspensión provisional estaba reservada al juez contencioso administrativo en virtud del artículo 238 de la

Carta⁷², pero luego admitió que la suspensión se restringía a los aspectos del acto que vulneraban el derecho fundamental⁷³, para finalmente establecer a través de una sentencia de unificación que la protección del juez de tutela era distinta de la del juez administrativo. Mientras aquél sanciona la violación del derecho fundamental, éste sanciona la ilegalidad del acto. Por consiguiente, las acciones podrían verse superpuestas⁷⁴.

Esta flexibilidad connatural a la acción de tutela no deja sin embargo de generar riesgos de inestabilidad de las situaciones jurídicas. Los jueces de tutela han suspendido, por ejemplo, procedimientos licitatorios e incluso el acto de adjudicación, que por disposición de la Ley 80, tendiente a brindar seguridad jurídica del contrato, es un acto irrevocable para la administración contratante. La Corte Constitucional no ha revisado estas decisiones con el fin de unificar la jurisprudencia, por lo que la inseguridad jurídica es doble. Por una parte, la tutela busca una protección inmediata de los derechos fundamentales y por ello se ejerce ante cualquier juez y de manera sumaria, con las limitaciones de reparto de los asuntos que establece el Decreto Reglamentario 1382 de 2000. Pero la calificación de los derechos fundamentales violados en el procedimiento de selección de contratistas (igualdad, no discriminación, debido proceso administrativo...) es materia técnicamente difícil, lo que exige óptimamente un juez especializado y la valoración significativa de pruebas. Bajo estas premisas, el control del juez de tutela debería limitarse a la sanción de casos en los que es evidente la violación del derecho fundamental, so pena de generar una gran incertidumbre jurídica. Y por otra parte, como refuerzo de esta última observación, la decisión del juez de tutela debe ejecutarse inmediatamente por cuanto su apelación

y eventual revisión de la Corte Constitucional se concede en el efecto devolutivo⁷⁵.

b. Acción popular

Una segunda acción constitucional que permite cuestionar los procedimientos previos a la celebración del contrato es la acción popular, consagrada por el artículo 88 de la Constitución Política. Los constituyentes de 1991 se preocuparon particularmente por la protección efectiva de los derechos consagrados por la Carta. Esta acción corresponde a esta preocupación. Mediante ella, se protegen los derechos colectivos, cuyo contenido es un tanto incierto. La Carta enuncia algunos⁷⁶, remitiendo a la ley su complemento, ley que a su vez enuncia otros, afirmando que la enumeración no es taxativa y ha de entenderse completada por aquellos consignados en los tratados internacionales y en las normas que se llegaren a expirar⁷⁷.

Frente a la materia contractual, el Consejo de Estado los ha concretado esencialmente en la moralidad⁷⁸ y el patrimonio públicos, la libre competencia, la seguridad y salubridad. Además, la jurisprudencia ha explicado que, siendo su propósito la protección de los derechos colectivos y no los de las partes del contrato, individualmente consideradas, no tiene por vocación definir derechos entre éstas o resolver otros litigios entre ellas, de carácter económico, fruto del contrato o de su ejecución⁷⁹. Pero aun así, el campo de aplicación de la acción es muy amplio.

En primer lugar, porque la protección de los especiales derechos colectivos y no de los individuales hace que sea una acción principal y no supletiva, como la de tutela, lo que permite ejercerla aun cuando existan otros medios procesales e incluso cuando éstos hayan sido ejercidos⁸⁰. A ello se suma

que el objetivo de la acción hace que sea intemporal y por consiguiente no está sujeta a caducidad alguna⁸¹. La Ley 472 que la reglamentó estableció que “cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración”. Pero la Corte Constitucional declaró inexecutable esta frase al considerar que el carácter intemporal de la acción era inherente a su concepción constitucional⁸².

Y en segundo lugar, la concreción de los derechos colectivos es siempre difícil. La jurisprudencia tiene un rol determinante pero de paulatina decantación. Así, el Consejo de Estado ha considerado, por ejemplo, que la moralidad pública no puede tener una dimensión subjetiva y que no ha de confundirse con el vago interés general: el derecho colectivo compromete el interés general, pero no todo interés general involucra un derecho colectivo⁸³. La moralidad pública tiene una íntima relación con las finalidades de la Administración, en aplicación del artículo 209 de la Constitución que orienta toda la gestión administrativa, sin que pueda identificarse con la ilegalidad⁸⁴. En materia contractual, esta finalidad está específicamente definida por el artículo 3.º de la Ley 80⁸⁵.

Sobre esta base, los comportamientos inmorales serían cercanos a la noción de desviación de poder, sin que pueda concluirse que en todo caso en que ésta se presente o en todo caso en el que no se cumplan finalidades de interés general, se viole un derecho colectivo, dando lugar al ejercicio de una acción popular. Así restringida, la noción sigue siendo imprecisa y por ello el Consejo de Estado insiste en la necesidad de analizar cada caso concreto. El alto tribunal estima que la acción no reemplaza a las acciones ordinarias que tienen por obje-

to verificar la legalidad de actos o contratos. Sin embargo, es posible que el juez verifique esta legalidad si está en juego un derecho colectivo. El juez de la acción popular no puede por ejemplo arrogarse el juzgamiento sobre la pertinencia de liquidar una empresa de licores departamental con fundamento en la protección del patrimonio público⁸⁶. Pero en el análisis de oportunidad de adoptar una medida, la entidad puede vulnerar un derecho colectivo protegido por el juez. Así, el Consejo de Estado reconoce que la decisión de conceder contractualmente un acueducto municipal involucra una valoración de oportunidad en la que el juez no puede tomar partido. No obstante, la administración ha de llegar a esa decisión luego de un análisis exhaustivo a niveles técnico y financiero. Bajo estas exigencias, el juez constitucional sí puede suspender una licitación de concesión por considerar que los estudios existentes no son suficientes para llegar a una decisión que preserve el patrimonio público y ordenar estudios para que la entidad pueda definir el mejor esquema empresarial de gestión⁸⁷. En la misma línea, el alto tribunal encuentra que la decisión de suscribir un contrato de comercialización para salvar una empresa de licores es tema sujeto a un análisis de oportunidad que escapa en principio a su control. Sin embargo, puede valorar las consecuencias concretas de la decisión y el balance general de sus costos y beneficios. Así encontró que un contrato en particular constituía una amenaza para el patrimonio público por cuanto no realizaba los fines de la buena administración. El incentivo desproporcionado entregado al contratista no era razonable ni justificado. El juez decidió entonces suspender la ejecución del contrato, mientras era resuelta una acción contenciosa de nulidad instaurada contra él mediante acción ordinaria⁸⁸.

Pese a la sensación de inseguridad jurídica, afirmada inclusive por un consejero de Estado⁸⁹, por cuanto las decisiones no han sido homogéneas –ni siquiera sobre la pertinencia de la acción en materia contractual– el análisis del conjunto de sentencias revela una concreción paulatina de su alcance y prudencia del Consejo de Estado en las decisiones de frenar un procedimiento de contratación. En este sentido es significativo que, a diferencia de la acción de tutela, la competencia de la acción popular, en materia administrativa, es de la jurisdicción contencioso administrativa⁹⁰ y por consiguiente especializada. Más aún, el reglamento interno del Consejo de Estado atribuyó a su sección III, especializada en contratos estatales, la competencia sobre las acciones populares relacionadas con contratos y con la moralidad administrativa⁹¹.

2. Actos durante la ejecución del contrato

Los actos contractuales tampoco revelan en principio problemas significativos a nivel contencioso. Su carácter de actos administrativos proferidos en ejecución del contrato hace que su legalidad sea cuestionable por las partes mediante acción contractual⁹² antes de dos años a partir de su ejecutoria⁹³. Nuestra jurisprudencia, así como nuestra doctrina, no se han ocupado de un tipo de actos separables, distintos de los previos al contrato, frente a los que es importante que se abra la posibilidad de acción por parte de ciertos terceros. Ejemplo de ellos son los actos que organizan el servicio objeto del contrato de concesión y que tienen incidencia no sólo sobre el contrato sino también sobre los usuarios del servicio. Estos actos de tipo reglamentario podrían considerarse distintos de los de

ejecución del contrato, en estricto sentido, por cuanto su finalidad no es el contrato, aunque lo afecten. Sería posible pensar que no son objeto de una acción contractual, sino de las generales de nulidad y restablecimiento del derecho y por consiguiente habría que aplicar las reglas de estas acciones, con la legitimación en la causa respectiva.

No obstante el terreno medianamente pacífico sobre los actos contractuales, la jurisprudencia ha desplegado una evolución extensiva de su caracterización, lo que tiene significativas consecuencias procesales. Los actos contractuales plantean la dificultad de su identificación, como actos especiales frente a los actos del contrato privado, que otorgan prerrogativas a la Administración sobre su contratista. Entre esos poderes se encuentran aquellos canalizados por las cláusulas exorbitantes que han caracterizado al contrato administrativo, esto es, las cláusulas de caducidad (resolución sanción por incumplimiento grave y calificado del contratista), terminación, modificación e interpretación unilaterales.

a. Las cláusulas exorbitantes han de estar contempladas expresamente

Pero cabe preguntarse: ¿en qué consiste lo exorbitante de estas cláusulas? La expresión exorbitante sugiere que se trata de poderes imposibles o ilícitos en las relaciones entre particulares. Pero la jurisprudencia civil y comercial restringen este alcance, puesto que en muchos casos son poderes admitidos en cabeza de una de las partes del contrato privado. Así, la resolución unilateral en el contrato de obra civil⁹⁴ de los negocios de representación, como el mandato⁹⁵ o la agencia comercial⁹⁶, la modificación unilateral de los contratos laborales (*ius variandi*); poderes complemen-

tados por la amplitud de la autonomía de la voluntad que permite a las partes consagrarlos sin que se consideren violatorios del orden público y de las buenas costumbres, como limitantes de la libre disposición de intereses privados por las partes.

Estas condiciones hicieron que las cláusulas exorbitantes fuesen consideradas más como poderes excepcionales al derecho común que como poderes imposibles o ilícitos. En este sentido sería mejor su denominación en nuestra Ley 80, que reemplazó la expresión cláusulas exorbitantes por cláusulas excepcionales al derecho común (arts. 14 al 19). Pero en realidad, esta ley, que entre sus motivaciones esenciales tuvo la de restringir los poderes de la administración contratante, dio a estas cláusulas un carácter de ajenas a la relaciones contractuales entre particulares, reforzando nuestra concepción jurisprudencial sobre el principio de previsión legal de todo poder exorbitante de la Administración.

En efecto, contrario a la jurisprudencia francesa que califica de principio del contrato administrativo los poderes de resolución y modificación unilaterales, independientemente de que existan textos expresos que los atribuyan a la administración contratante⁹⁷, nuestra jurisprudencia ha considerado, después del primer estatuto contractual que se ocupó de manera sistemática de los poderes unilaterales de la Administración (Dto.-Ley 222 de 1983), que éstos siempre han de tener una habilitación expresa por parte del legislador. Por consiguiente, entre nosotros, las prerrogativas de poder público se encuentran contractualizadas, en la medida en que el Código Civil prescribe que los contratos “obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella” (art. 1603. *Cursivas fuera del texto original*).

Como expresión de este principio de legalidad de los poderes, hemos visto cómo la Ley 80 caracterizó las cláusulas excepcionales por las finalidades especiales que ha de buscar la administración contratante en su ejercicio. Así lo expone con nitidez, de manera genérica, el artículo 14 cuando prescribe que ellas se ejercen “con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, y de manera particular los artículos que se ocupan de cada una de ellas, a saber, la interpretación⁹⁸, la modificación⁹⁹ y la terminación¹⁰⁰ unilaterales, así como la cláusula de caducidad¹⁰¹. Lo “exorbitante” de ellas no parece entonces hoy su inherente desigualdad jurídica a favor de la Administración, sino la finalidad particular que tienen. Y en esa medida constituyen un poder canalizado de la Administración que genera la sanción del juez administrativo cuando sean ejercidas con desviación, incluso cuando el fin último sea lícito.

La restricción de los poderes de la Administración así establecida por la Ley 80 cambiarían el papel del juez administrativo, quien habría de controlarlas en dos aspectos esenciales: la verificación de su consagración expresa por la ley y el respeto estricto en su motivación a las finalidades establecidas por el legislador. Sin embargo, en uno y otro caso, la jurisprudencia parece desbordar el espíritu del legislador.

El Consejo de Estado afirma genéricamente las finalidades particulares de las cláusulas excepcionales, pero de manera concreta tiende a favorecer el refuerzo de los poderes de la Administración para la realización de los fines públicos. Ello es latente en el tratamiento que ha dado al ejercicio de la cláusula de caducidad y de las multas contractuales.

b. Extensión de la cláusula de caducidad

Atendiendo la finalidad particular de esta cláusula (art. 18) el juez debería controlar su aplicación por la entidad contratante desde los puntos de vista temporal y finalístico. Si el propósito de aquella es evitar la paralización del contrato o del servicio público concernido por el contrato, la sanción del contratista se encuentra subordinada a esta preocupación esencial. Lo que resulta fundamental es reemplazar el contratista que con su grave comportamiento ha puesto en peligro la continuidad del servicio. También es este riesgo para los destinatarios del servicio público, vinculado directa o indirectamente al contrato, lo que justifica excluir al contratista de los contratos futuros de la Administración, a través de la gravísima sanción accesoria de inhabilidad para contratar con el Estado por cinco años (art. 8.º, num. 1. lit. c). Por consiguiente, no parece tener sentido, o concretamente el sentido impuesto por el legislador a la cláusula de caducidad, el decretar ésta después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato para el contratista. Así lo había enunciado claramente la jurisprudencia al distinguir este poder de otro, establecido por el antiguo estatuto contractual de 1983, de declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista, pero sólo con el fin de hacer efectiva la cláusula penal del contrato¹⁰². Habiendo desaparecido esta última potestad bajo la Ley 80, la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró inicialmente que la Administración tan sólo tenía el poder de declarar la caducidad del contrato antes del vencimiento de su plazo de ejecución¹⁰³. Pero luego consideró que lo determinante no era el plazo del contrato sino su *vigencia*, no restringida a las obliga-

ciones principales sino determinada por el cumplimiento de todas y de las de las dos partes, dentro de las cuales está la de liquidar el contrato. Así concluyó que el poder de declarar la caducidad del contrato existía hasta la liquidación del contrato y que bajo la Ley 80 no existía diferencia entre este poder y la antigua declaración unilateral de incumplimiento¹⁰⁴.

El control del acto contractual ejercido por el juez parece así modificado. La finalidad particular de la caducidad se ve reemplazada por un poder otorgado por el juez a la Administración de sancionar el incumplimiento de su contratista, lo que no resulta acorde ni con el texto ni con el espíritu del legislador de 1993. Si el propósito de éste era restringir los poderes administrativos a lo estrictamente necesario para asegurar la continuidad de los servicios públicos en juego con el contrato y recuperar para el resto de aspectos el carácter contractual de los contratos de la Administración¹⁰⁵, era lógico que excluyera la antigua prerrogativa de declaración de incumplimiento. Su finalidad estrictamente patrimonial: hacer efectiva la cláusula penal, no revelaba un peligro inminente para la continuidad de la prestación de un servicio público y por lo tanto la administración contratante, en un plano de igualdad frente a su contratista, habría de acudir al juez para que declarara el pretendido incumplimiento.

c. Imposición de multas contractuales

Una segunda manifestación de los poderes de la administración contratante extendidos por el juez administrativo se manifiesta en la evolución jurisprudencial sobre las multas contractuales. La Ley 80 tampoco las previó como cláusula obligada en los contratos estatales, como sí lo hacía el antiguo estatuto. El Consejo de

Estado consideró entonces que, siendo una cláusula exorbitante, era necesaria su consagración expresa en un texto legal. Por consiguiente, en aplicación del principio de legalidad de las prerrogativas de poder público, habría que considerarlas desaparecidas de los contratos estatales y por ende, prohibidas¹⁰⁶. Pero luego estimó que ellas en realidad no eran exorbitantes en sí mismas, por cuanto los códigos Civil y de Comercio las prevén como posibles. No obstante, lo que sí resultaba exorbitante era su aplicación unilateral por la Administración. Por ello, podrían pactarse en el contrato estatal, pero la Administración estaría obligada a acudir al juez para declararlas por cuanto ella carecía de ese poder expreso y exorbitante¹⁰⁷. Y en un último estadio, la jurisprudencia modificó de nuevo su posición al concentrar que la autonomía de la voluntad del derecho privado permite a las partes regular contractualmente la imposición unilateral de las multas, creando un dispositivo particular para hacerlo. Por consiguiente, el interrogante sobre las prerrogativas de la Administración sólo se presentaría en el caso de ausencia de dispositivo previsto por las partes en el contrato. El Consejo de Estado encontró que en este evento la Administración tendría siempre la potestad de imponer directamente la multa. El fundamento no sería una habilitación legal explícita, como en el caso de las cláusulas excepcionales, sino la interpretación de varias disposiciones de la Ley de contratos, a saber, el artículo 14, que les otorga la dirección general del contrato y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia sobre su ejecución, el 3.º, que establece como finalidad de la actividad contractual “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios

públicos” y el 77, que prevé la aplicación de los procedimientos administrativos, normas que se suman al poder genérico de “autotutela declarativa” de derechos a favor de la Administración, contenido en todo acto administrativo, y cuya consagración positiva encuentra el Consejo de Estado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo¹⁰⁸.

El Consejo de Estado abandonaba así su tradición de la habilitación legal expresa de las potestades exorbitantes de la Administración, para fundarlas en nociones generales cuyo alcance real incluso parece verse desbordado. Por una parte, las normas del Estatuto Contractual tan sólo establecen lineamientos generales que no conllevan en sí mismos poderes específicos. Las finalidades impuestas a la administración contratante del artículo 3.º son derroteros que han de guiar su comportamiento, sin que definan poderes particulares. Por su parte, la dirección del contrato y la responsabilidad de lograr sus cometidos, establecidas en el artículo 14, tampoco definen, por su simple enunciado, poderes concretos para lograrlo. Más aún, la lectura integral de la norma pone de presente la restricción de los poderes, por cuanto prescribe que como consecuencia de la dirección general del contrato y de las responsabilidades de control y vigilancia sobre su cumplimiento, la administración contratante puede ejercer las cláusulas expresamente consagradas y con las finalidades precisas que hemos ya visto. Luego son esos poderes específicos y no otros, los que se encuentran habilitados por el legislador. Y finalmente, el artículo 77 tan solo remite a las normas de los procedimientos administrativos¹⁰⁹ y por consiguiente tampoco podría habilitar por sí mismo los poderes de la entidad contratante.

Quedaría entonces como fundamento real el poder de *autotutela declarativa*, funda-

do en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. Pero en realidad, este artículo tan sólo establece el efecto ejecutivo de todo acto administrativo, sin especificar qué tipos de actos tienen esta calificación, es decir, cuándo estamos frente a un acto administrativo y cuándo puede proferirlos la Administración. El artículo no establece entonces origen o fundamento de expedición de actos administrativos, sino especifica los efectos de estos, una vez identificados¹⁰. Esta limitación es normal en un código que se ocupa genéricamente de los procedimientos administrativos y por consiguiente no puede definir las abundantes y dispersas normas sustanciales que consagran poderes unilaterales de la Administración (sanciones policivas, disciplinarias, permisos, derechos individuales, autorizaciones, habilitaciones para ejercer actividades u oficios, etc.). En el fondo, el poder de la Administración creado por el Consejo de Estado se asentará en el imperium connatural a ella para lograr las finalidades definidas en la ley y la protección del interés general, lo que genera poderes indefinidos, así como su real fundamento y alcances, que abren la puerta a la inseguridad jurídica.

* * *

La Ley 80 de 1993 refleja las transformaciones establecidas por la Constitución de 1991 a la función administrativa. Con su proyección de ley de principios y su intento por armonizar la flexibilidad propia del derecho privado con las finalidades de interés general que habilitan y legitiman prerrogativas de la Administración, desarrolla las aspiraciones de la Carta hacia la modernización del Estado, su eficacia, la prevalencia del derecho sustancial y la

garantía efectiva de los derechos esenciales.

Pero la multiplicidad de valores que una y otra enarbolan genera conflictos entre antiguas y nuevas concepciones jurídicas que se materializan en el contencioso contractual. El papel del juez se ve reforzado doblemente: el régimen contractual, apoyado sobre principios, voluntariamente omite su reglamentación en muchos aspectos. La jurisprudencia tiene la responsabilidad de fijar el sentido y alcance de las instituciones contractuales sin distorsionar el espíritu de la ley ni ceder a la tentación de reglamentarla allí donde el legislador quiso limitarse a enunciar principios. Y por otro lado, el control extenso derivado de la Ley 80, pero sobre todo de las acciones constitucionales, flexibiliza la competencia del juez e incentiva el concentrarse sobre lo sustancial, para hacer efectivos los derechos, así como las responsabilidades atribuidas a los distintos actores de la actividad contractual.

En uno y otro campo, se perfila un cambio en la función del juez por la mayor concreción del derecho sustancial a través de sus decisiones. El juez administrativo como el juez constitucional tienen el papel esencial de lograr este cambio, estructurando la materialización de las reformas en medio de un mínimo de seguridad jurídica. Por el momento el objetivo no parece alcanzado plenamente.

En materia de incumplimiento, tanto de la Administración como del contratista, las concepciones tradicionales de privilegios de aquella limitan el poder del juez, quien no puede declarar incumplimientos del contratista cuando la Administración lo puede hacer por vía administrativa, ni dirigir órdenes de cumplimiento a la Administración. El desarrollo político y jurídico positivo restringe el fundamento de estas

limitaciones del juez. Nuestra jurisprudencia parece sin embargo anclada con las tesis tradicionales del contrato administrativo.

Por el contrario, las transformaciones de la Ley 80 sobre el equilibrio financiero del contrato, en medio de un ambiente de protección a la inversión extranjera para los proyectos públicos, incitaron posiciones jurisprudenciales excesivamente protectoras de los contratistas, que son objeto de repliegue reciente a favor de las teorías clásicas del contrato administrativo. En este ir y venir de posiciones queda sin resolver el problema de fondo de la revisión del contrato, que concierne a los poderes del juez, y la manera de desbloquear equitativamente la relación contractual cuando nuevos eventos la hacen insostenible.

En cuanto al contencioso de nulidad del contrato, el régimen duda entre la extensión, un tanto populista, del control, abierto a todos y sin límite de tiempo, y la necesaria seguridad jurídica de una relación que puede involucrar importantes inversiones tanto de la Administración como del contratista. En medio de esta dinámica contrapuesta quedan por definir los límites de las regularizaciones posibles de contratos que nacieron viciados, teniendo en cuenta la ausencia de un régimen de plena libertad en el consentimiento de la administración contratante.

Y frente a los actos previos, el contencioso tradicional ha mostrado sus límites en cuanto al control efectivo, y sobre todo oportuno, de su legalidad, mientras que las acciones constitucionales de tutela y popular indican nuevas vías amplificadoras de los poderes del juez, cuya aplicación sin embargo es delicada, ante el riesgo de abrir una caja de Pandora.

En fin, la restricción de las prerrogativas de la Administración de la Ley 80, amplificadora de los poderes del juez por

el mayor control de su ejercicio, se vio desvirtuada por la jurisprudencia administrativa a favor del *imperium* de la administración contratante, apoyada en la concepción de sus poderes *genéricos innatos*, que las nuevas corrientes tienden a suprimir a favor de la *justificación específica* de toda prerrogativa administrativa.

La seguridad jurídica exige que la jurisprudencia defina más claramente sus líneas sopesando las consecuencias de sus cambios para evitar soluciones puntuales o contradictorias. Toda flexibilidad conlleva finalmente una mayor prudencia y responsabilidad en su ejercicio.

JOSÉ LUIS BENAVIDES

Profesor e Investigador

Departamento de Derecho Administrativo

Universidad Externado de Colombia

1. CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, Medellín, Señal Editora, 2000, p. 505.

2. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, "Contencioso Administrativo", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 227 y ss.

3. Constitución política, Artículo 228. "La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

4. Código Civil, artículo 1546 y Código Contencioso Administrativo (CCA), artículo 87.

5. Decreto-Ley 222 de 1983: "Artículo 18. Aplicación de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales. Los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto, se rigen por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

"Artículo 61. De la obligación de pactar la caducidad. La caducidad será de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bie-

nes muebles de empréstito. No será obligatoria en los contratos interadministrativos.

6. Ley 80 de 1993, artículo 14, numeral 2. Las entidades estatales "... pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión [...] En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente".

7. Idem, "Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindir de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".

8. Artículos 15 (interpretación unilateral), 16 (modificación unilateral), 17 (terminación unilateral), 18 (caducidad y sus efectos).

9. RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, p. 277.

10. R. DEBBASCH. "Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou", *JCP* 1996.I.3924.

11. CONSEJO DE ESTADO francés. Sentencia del 7 de octubre de 1994, *Eposos López*, Leb. p. 430, concl. RÉMY SCHWARTZ.

12. CONSEJO DE ESTADO francés. Sentencia del 7 julio de 1853, *Robin de la Grimaudière* S. 1854, II, p. 213.

13. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LIMOGES. Sentencia del 7 de diciembre de 1995, *Consorts Descat et Calary de Lamazière c/ Département de la Corrèze*, RFDA, 1996, p. 348; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LYON. Sentencia del 4 de febrero de 1998, *Marie-Jeanne Guillot*.

14. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LYON. Sentencia del 7 junio de 1996, *Nameur*, Dr. adm. 1998, n.º 495.

15. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NANTES. Sentencia del 25 julio de 1996, *Devenne*, req. n.º 96-56.

16. CONSEJO DE ESTADO francés. Sentencia del 29 de enero de 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, req. n.º 245239, note PIERRE SABLIERE, AJDA, 2003, p. 784.

17. Constitución Política, artículo 87 y Ley 393 de 1997, por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política, artículos 1.º y 2.º.

18. CONSEJO DE ESTADO, Sección II. Sentencia del 9 de octubre de 1997, exp. ACU-017; 13 de noviembre de 1997, exp. ACU-060; auto del 3 de diciembre de 1997, exp. ACU-002.

19. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencias del 23 de septiembre de 1994, *Agrecon*, exp. 7990; 14 de septiembre de 2000, *Carlos García Tabares*, exp. 13530; 1.º de marzo de 2001, *Urías Velandia Poveda*, exp. 11480.

20. R. ESCOBAR GIL, ob. cit., p. 277.

21. CCA, art. 87: "Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas...".

22. "Quien dice contractual dice justo": fórmula de FOUILLÉE, frecuentemente citada. FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE. *Droit civil. Les obligations*. 6.ª ed., Paris: Dalloz, 1996, p. 24.

23. Código Civil: Art. 1946. "El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme".

Art. 1949. Subrogado L. 57/1887, art. 32. "No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia".

24. Código Civil: Art. 1947. "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella".

El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

25. De manera en extremo drástica la Corte de Casación francesa fijó la jurisprudencia sobre la no revisión judicial del contrato en su célebre sentencia *Canal de Craponne*, del siglo XIX (Cass. Civ. 6 de marzo de 1876. DP. 76..1.193. Nota GIGOULOT, S. 76.1.161). Las convenciones al origen del litigio fueron suscritas en 1560 y 1567. Ellas tenían por

objeto el suministro de agua destinada a alimentar los canales de irrigación del valle de Arles a cambio de una remuneración que con el paso del tiempo se tornó irrisoria. En el siglo XIX la empresa que explotaba el canal pidió judicialmente la revisión del contrato, argumentando la devaluación de la moneda y el aumento en la mano de obra que hacían desproporcionada la tasa frente a los gastos de mantenimiento. A pesar de que la Corte de Aix-en-Provence elevó la tasa establecida por el contrato, la Corte casó la sentencia recordando la lapidaria expresión del Código Civil, según la cual los contratos son ley para las partes, de tal suerte que el juez no puede revisar su contenido.

26. Código de Comercio, artículo 868: “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato”.

27. CONSEJO DE ESTADO francés. Sentencia del 30 de marzo de 1916, *Gaz de Bordeaux*, p. 125, concl. CHARDENET; D. 1916, 3, 25; S. 1916, 3, 17, nota HAURIEU, RDP, 1916-206 y 388, nota JÉZE.

28. CONSEJO DE ESTADO francés. Sentencia del 9 de diciembre de 1932, *Cie. de tramways de Cherbourg*, S. 1933, 3, 18. Más recientemente el Consejo de Estado tuvo ocasión de reiterar esta solución, en un contrato que tenía por objeto el abastecimiento de agua potable a un municipio. Debido a la polución inesperada de la fuente utilizada por el concesionario, éste tuvo que abastecerse de una más lejana, lo que significó un aumento importante y definitivo de sus costos. Sentencia del 5 de mayo de 2000, *Commune de Staffelfelden*, n.º 184722.

29. Artículo 3.º, inciso 2.º: “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

30. Artículo 5.º num. 1: “... tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situa-

ciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”.

31. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 9 de mayo de 1996, SAE, exp. 10151. En el mismo sentido, Sentencia del 26 de febrero de 2004, *Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda.*, exp. 14043: “Para establecer el contenido del concepto ‘equilibrio’ cabe tener en cuenta lo que motiva a cada uno de los sujetos de la relación jurídico negocial derivada del contrato estatal; para el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal. El contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico negocial”.

32. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 9 de mayo de 1996, citada.

33. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 22 de agosto de 2001, C-892/01.

34. Tribunal de arbitramento, *Concesionaria vial de los Andes S. A. vs. Invías*, 29 de julio de 2004. Tribunal de arbitramento, *Aerocali S. A. vs. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -UAEAC-*, 5 de octubre de 2005.

35. Tribunal de arbitramento, *Concesión Santa Marta Paraguachón vs. Invías*, 31 de mayo de 2004.

36. AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA, “¿Responsabilidad contractual del Estado sin imputación?”, ponencia para las VI Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo.

37. SANTOFÍMIO. Ob. cit., p. 234.

38. Ley 80, artículo 13. “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. 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”.

39. Código Civil, artículo 1741: “Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad

relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

Código de Comercio, artículo 899. “Nulidad absoluta. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1.º Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

2.º Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

3.º Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

40. Ley 80, artículo 44. “De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1.º Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2.º Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3.º Se celebren con abuso o desviación de poder;

4.º Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5.º Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

41. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, *María Erly García de Jaramillo*, C-489/96.

42. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, *Ministerio del Interior*, rad. 1097-98.

43. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de mayo de 2001, *Ministerio de Transporte*, rad. 1346-01.

44. SANTOFIMIO. Ob. cit., p. 265: “El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establece el ordenamiento jurídico colombiano obedece a claras directrices constitucionales tendientes a romper el principio de igualdad, limitando los derechos políticos y negociales de todas aquellas personas que, en virtud de sus especiales situaciones de carácter individual, pueden eventualmente poner en peligro los intereses generales y el bien común, depositados en las entidades estatales”.

45. El artículo 8.º de la Ley establece las causales de incompatibilidad e inhabilidad para contratar con las entidades estatales y el 9.º los efectos de las incompatibilidades o inhabilidades sobrevivientes.

46. Constitución Política, artículo 63: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo,

el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. Sobre la interpretación restringida, ver LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUELA. *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, Bogotá, Legis, 2003, p. 543.

47. SANTOFIMIO. Ob. cit., p. 269.

48. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 7 de septiembre de 1998, *Ingeniería y Telemática G&C Ltda.*, exp. 10660.

49. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 18 de noviembre de 1999, *Humberto Ibáñez Muñoz*, exp. 11442.

50. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Auto del 24 de julio de 2003, *Eric Alberto Manotas Vásquez*, exp. 23570.

51. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 7 de octubre de 1999, *Non plus ultra S. A.*, exp. 12387.

52. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 24 de mayo de 2001, *Consortio de Ganaderos de Santa Marta; Comité de Ganaderos de Santa Marta; Sociedad Comercial Ganadera del Magdalena Ltda.*, exp. 12247.

53. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 10 de julio de 1990, *Macodín S. A.*, exp. 5782.

54. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto del 1.º de diciembre de 1999, Ministerio de Transporte, rad. 1230; LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUELA. Ob. cit., p. 106.

55. El artículo 32 de la Ley 466 de 1998 reformó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, prescribiendo que “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. *Una vez celebrado éste*, la ilegalidad de los actos previos *solamente* podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. La Corte Constitucional encontró exequibles los apartes subrayados, mediante sentencia C-1041/01 del 4 de octubre de 2001.

56. Código Civil, art. 1742. –Subrogado. L. 50/36, art. 2.º “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; pue-

de así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

57. Código Contencioso Administrativo, artículo 87 (reformado por el art. 32 Ley 446 de 1998): “El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él inter vengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

58. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 5 de julio de 2001, C-709/01.

59. JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, reimpresión corregida y aumentada, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 453; CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 10 de agosto de 2000, *Promotora de Intercambio S. A.*, exp. 12964: “Las reglas de juego de la licitación son determinadas por el pliego de condiciones el cual constituye ley para las partes en virtud del denominado principio de autonomía de la voluntad, rector del ámbito contractual, y la entidad contratante no puede desconocerlas ni modificarlas en perjuicio de las partes”. Sentencia del 28 de abril de 2005, *Wacolda Ltda.*, exp. 12025: “... los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncian desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar...”.

60. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 14 de abril de 2005, *Electrohídrica S. A. Representaciones*, *Conhydra S. A. E.S.P.*, *Jaime Herrán Mesa Consultoría Ltda.* y *Ecoaseo S. A. E.S.P.*, exp. 25489.

61. Ley 80, artículo 49. “Del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en

acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio”.

62. Ver evolución normativa y jurisprudencial en SANTOFIMIO. Ob. cit., pp. 244 a 251.

63. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2001, *Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez*, exp. 18059: “Encuentra la Sala que la acción de nulidad de los términos de referencia demandados fue propuesta dentro del término previsto en el artículo 87 del CCA. En efecto, el término de caducidad de la acción de nulidad en contra de actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, se debe contar a partir del 24 de febrero de 2000, fecha en que se comunicó el último adendo de los términos de referencia, de modo que, la demanda de nulidad se presentó dentro de los treinta días posteriores a la comunicación del acto, tal como lo dispone la norma citada”. Auto del 29 de junio de 2000, *Baupres Ltda.*, *Pilotos Prácticos BPP*, exp. 16602: “el pliego de condiciones por ser un acto precontractual, era demandable, o en ejercicio de ‘la acción simple de nulidad’ o de la ‘nulidad y de restablecimiento del derecho’”.

64. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Auto del 6 de agosto de 1997, *Tolimense de Ingenieros*, exp. 13495: “Para la sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.

“En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas”.

Ver igualmente, Sentencia del 22 de julio de 1996, *Asempúblicas*, exp. 10780.

Constitución Política: Artículo 238. “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Código Contencioso Administrativo: Artículo 152. Procedencia de la suspensión. (Subrogado por el art. 31 Dcto. Extraordinario 2304 de 1989) “El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos

podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

66. Código Contencioso Administrativo, artículo 155, inciso 2.º: “Contra el auto que resuelva la solicitud de suspensión provisional, en los procesos de que conoce el Tribunal en única instancia, procede el recurso de reposición. En los de primera instancia, el auto que decida la petición de suspensión provisional es apelable en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado y la orden de suspensión se comunicará y cumplirá, si fuere el caso, sólo cuando la decisión del superior quede ejecutoriada”.

67. Constitución Política, artículo 86. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”.

Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la tutela), artículo 37: “Son competentes para conocer de la acción de tutela a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaron la presentación de la solicitud”. El Decreto Reglamentario 1382 de 2000 establece reglas para el reparto de estas demandas.

68. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 17 de abril de 1996, T-147/96: “El estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable”.

69. SANTOFIMIO. Ob. cit., pp. 679 y ss., describe la evolución jurisprudencial respecto a la exigencia. Una posición rígida exige la inexistencia de cualquier otro medio de defensa judicial (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1991). La Corte Constitucional ha insistido en el análisis subjetivo y finalista que permita determinar si el medio judicial existente es suficientemente “efectivo para la protección de los derechos de las personas” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 17 de junio de 1993, T-222/93).

70. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 11 de noviembre de 1993, C-531/93: “la noción de *perjuicio irremediable* constituye un concepto abierto que proporciona el más importante elemento subjetivo a la tarea constitucional del juez de tutela: juega un papel neurólgico, pues gracias a él se da vida al proceso y puede el juez darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de la decisión”. Citado por SANTOFIMIO. Ob. cit., p. 699.

71. Decreto 2591 de 1991, artículo 7.º.

72. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 3 de abril de 1992, T-001/92.

73. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias del 26 de mayo de 1993, T-203/93 y del 5 de octubre de 1994, T-440/94.

74. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 3 de febrero de 1997, SU-039/97.

75. Decreto 2591 de 1991: “Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que conceda la

tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

Artículo 31. “Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

Artículo 35. “Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.

La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7.º de este Decreto” [Medidas provisionales para proteger un derecho].

76. Constitución Política, “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Artículo 4.º Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”.

78. SERGIO GONZÁLEZ REY. “La acción popular: mecanismo judicial para la protección de la moralidad administrativa en el derecho colombiano”, en *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 443 a 465.

79. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección II, subsección C. Sentencia del 12 de julio de 2004, *José Libardo Rojas Malagón*, rad. 04-0439:

“Recuerda la Sala que las Acciones Populares no están instituidas para debatir intereses particulares en un proceso contractual o desatar controversias que pueden examinarse en el curso del proceso contractual; solo procede para examinar si con esa actividad se hallan amenazados o vulnerados derechos colectivos...”.

80. CONSEJO DE ESTADO, Sección I. Sentencia del 24 de mayo de 2001, AP-076/01. Sección IV. Sentencia del 31 de mayo de 2002, *Contraloría General de la República*, AP-300/02.

81. Ley 472 de 1998, artículo 11. “Caducidad. La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”.

82. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 14 de abril de 1999, C-215/99: “La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno. No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a ‘volver las cosas a su estado anterior’, en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos. Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible”.

83. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 7 de octubre de 2004, *Fernando Alberto García Fothero*, AP-0336/04.

84. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 7 de abril de 2005, *Jorge Eliécer Quintana Sossa*, rad. 13001-23-31-000-2002-90074-01.

85. Artículo 3.º “De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que

colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

86. CONSEJO DE ESTADO, Sección I. Sentencia del 19 de febrero de 2004, *Luis Carlos España Gómez*, AP-52001-23-31-000-2002-00559.

87. CONSEJO DE ESTADO, Sección V. Sentencia del 24 de agosto de 2001, *Procurador provincial de Ibagué* AP-100.

88. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 31 de octubre de 2002, *Jesús Orlando Mejía Yépez*, AP-518.

89. ARIEL EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, “Las acciones populares y la validez de los contratos estatales”, conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia en agosto de 2003.

90. Ley 472 de 1998, artículo 15. “Jurisdicción. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.

En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil”.

91. CONSEJO DE ESTADO. Acuerdo 005 de 2003.

92. BETANCUR JARAMILLO. Ob. cit., p. 505.

93. Código Contencioso Administrativo, artículo 136 num. 10 (modificado). SANTOFIMIO. Ob. cit., p. 291.

94. Código Civil, artículo 2056. –“Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

Por consiguiente, el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido ganar en la obra”.

95. Código de Comercio, artículo 1279. “Revocación total o parcial del mandato. El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el man-

dato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa”.

96. Artículo 1324. “Terminación del mandato. El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto”.

97. CONSEJO DE ESTADO francés. Sentencia del 2 de febrero de 1983, *Union des transporteurs publics urbains et régionaux*, Rec. 33; RDP, 1984, p. 212, nota AUBY, RFDA; ANDRÉ DE LAUVADÈRE. “Du pouvoir de l’Administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, RDP, 1954.

98. Artículo 15. “De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.

99. Artículo 16. “De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la enti-

dad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”.

100. Artículo 17. “De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1.º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2.º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3.º Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4.º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato”.

101. Artículo 18. “De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

102. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 29 de enero de 1988, *Darío Vargas Sanz*, exp. 3615. Decreto-Ley 222 de 1983, artículo 72: “... en todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante *en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento*” (cursivas fuera del texto original).

103. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 20 de octubre de 1995, *Skandia*, exp. 7757: “una vez finalizado el término contractual y agotada, por lo tanto, la posibilidad de la declaratoria de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del contratista”. En el mismo sentido, Sentencias del 6 de julio de 1995, *Helder Martínez Naranjo*, exp. 8126, y 20 de octubre de 1995, *Víctor Camargo Escorcía*, exp. 9847.

104. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 13 de septiembre de 1999, *Consortio Gabriel Galvis Hazen and Sewyer*, exp. 10264. Posición confirmada por las Sentencias del 9 de marzo de 2000, *Consas Ltda.*, exp. 10540; 24 de agosto de 2000, *Javier Montoya y Asociados Ltda.*, exp. 12082; 15 de marzo de 2001, *Microempresarios y Pequeños Artesanos*

de Colombia, exp. 13352; Autos del 29 de junio de 2000, *Héctor Hechavarría V. y Cia.*, exp. 16756, y 25 de octubre de 2000, *Fundación Alma*, exp. 18599.

105. Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en JAIME BETANCUR CUARTAS. *Nuevo estatuto general de la contratación administrativa*, Bogotá, Diké, 1995, p. 100.

106. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Sentencia del 10 de marzo de 1995, *Relikassa Sistemas Ltda.*, exp. 3303.

107. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Auto del 20 de febrero de 1997, *Industrias Full S. A.*, exp. 12669.

108. CONSEJO DE ESTADO, Sección III. Auto del 4 de junio de 1998, *Carlos Mario Hincapié Molina*, exp. 13988. En igual sentido, Auto del 14 de diciembre de 1998, *Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas*, exp. 14504.

109. Artículo 77. “De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”.

110. Código Contencioso Administrativo, artículo 64. “Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”.