

# Comentarios Legislativos

## COMENTARIOS AL DECRETO N° 222 DE 2-2-1983 DE COLOMBIA, SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS \*

Jaime Vidal Perdomo  
*Profesor de Derecho Administrativo,*  
Bogotá

### SUMARIO

- I. EL DECRETO 222
- II. EL DECRETO 222 Y LA LEY 19 DE 1982
- III. LA DEROGACION DEL DECRETO 150 DE 1976
- IV. ALCANCE DEL DECRETO
- V. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS
- VI. LAS PRIMERAS DEMANDAS
- VII. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY
- VIII. EL ESTADO Y LOS CONTRATISTAS
- IX. ACTOS Y CONTRATOS

### I. EL DECRETO 222

Ya se está volviendo familiar entre los estudiosos del derecho público y entre las personas que siguen la evolución del Estado y de sus principales actuaciones, el número del decreto 222 de 1983 "por el cual se expiden normas sobre contratos de la nación y sus entidades descentralizadas". Se están realizando en la actualidad numerosos cursos, seminarios, foros y conferencias sobre este tema de la contratación administrativa, con participación de abogados, ingenieros, arquitectos, economistas y administradores; a todas estas profesiones interesa el buen conocimiento del nuevo estatuto, tal es la importancia profesional que hoy en día tiene poder contratar con los entes públicos. Fuera de las normas de principios jurídicos y de trámites, existen otras de protección a la ingeniería y el trabajo nacional que amplían las zonas de interés que suscita el nuevo estatuto.

La revisión de las disposiciones principales del decreto mencionado, que tiene 301 artículos, con lo cual se aumenta en casi un centenar lo regulado por su antecesor, el decreto-ley 150 de 1976, debe comenzar con los aspectos de constitucionalidad. La discusión al respecto ha sido provocada por la demanda que ante la Corte Suprema de Justicia presentó un abogado y profesor universitario preocupado por estas materias. La demanda versa, principalmente, sobre los nuevos principios de los contratos administrativos que trae la ley, las consecuencias presupuestales de alguno de ellos y la falta de precisión, según ella, del otorgamiento de las facultades extraordinarias al Gobierno, de las cuales ha nacido precisamente el decreto-ley 222 de 1983.

En cuanto a este último cargo, la demanda no parece tener razón válida: basta leer el artículo 10 de la ley para tener claro el cuidado que tuvo el Congreso para la

\* Comentarios publicados en el diario *El Espectador*, Bogotá, 21-3-83, 28-3-83, 11-4-83, 18-4-83, 9-5-83, 16-5-83, 11-7-83, 1-8-83 y 22-8-83.

concesión de facultades extraordinarias; la jurisprudencia al respecto no le augura mucho éxito a esta parte de la demanda. El problema fundamental reside, en verdad, en los nuevos principios que trae la ley. Estos principios son los de modificación, interpretación y terminación del contrato administrativo (el propiamente administrativo) y no el de derecho privado de la administración, según la clasificación que trae la ley. Vienen acompañados dichos principios de los del equilibrio financiero del contrato, para reembolsar al contratista en los nuevos costos que pueda crear la modificación del contrato; y del de la posibilidad de incluir en la liquidación del mismo el estimativo de los perjuicios que el contratista pueda sufrir por que el Estado termine un contrato antes de tiempo por motivos de interés general. En todo caso, las decisiones administrativas al respecto están sujetas a recursos y será, finalmente, el Tribunal Administrativo o el Consejo de Estado el que decida sobre el valor de tales decisiones y de los reembolsos que deben hacerse.

El artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado de España de 1965 establece: "El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley". Esta norma, que no es de la España socialista de Felipe González, sino de la época franquista, consagra los principios que ha introducido en Colombia la ley 19 de 1982 y que se han acusado ante la Corte por desvirtuar la teoría del contrato y por quebrantar el principio de igualdad entre las partes. Sin embargo, se trata de diferenciar los contratos administrativos de los contratos civiles del Estado, de dar a la administración los poderes que necesita para que el contrato sea instrumento al servicio del interés común, y de romper el silencio de la ley sobre esta clasificación, que hace la doctrina universal y que entre nosotros es necesaria para repartir los negocios sobre contratos entre el juez civil y la justicia administrativa, que exige la Constitución.

Es explicable que separarse de viejos conceptos cause discusión y temor: algunos creen, además, que la administración puede abusar de los nuevos poderes en el ramo de contratos. Nunca habrá garantía total contra este temor; existió en el Senado cuando se suprimió del artículo 2º de la ley el principio de la modificación, que quedó, sin embargo, en el artículo 6º. Y también las dudas que sobre la aplicación existen llevaron al Gobierno a reducir esas atribuciones, y en el caso de la terminación unilateral a cambiarle el rumbo a la finalidad de la institución. Pero que existan estos temores no quiere decir que los principios sean malos, ni que no sean necesarios, ni menos que sean contrarios a la Constitución. Iguales prevenciones debieron existir al comienzo del siglo cuando se consagró la teoría de la caducidad, que hoy no produce alarma en los espíritus ni desbordamientos administrativos.

El procurador general de la Nación, en su concepto de febrero 12 de 1983, no acepta la mayor parte de las acusaciones de la demanda, que en algunos apartes encuentra confusa y contradictoria, y con un contenido de inconveniencia de las normas que no es propio del control constitucional. El único argumento que retiene es el de la eventual inconstitucionalidad del artículo 8º en cuanto al estimativo de perjuicios derivados de la terminación del contrato ordenada por la administración. Aunque el principio de la condena judicial de perjuicios es evidente, no se está seguro que en la ley la administración esté sustituyendo al juez, y en otros casos de autoridades portuarias ha sido admitida por la Corte la intervención administrativa.

## II. EL DECRETO 222 Y LA LEY 19 DE 1982

El decreto 222 de 1983, que contiene el estatuto de contratación de las entidades nacionales, deberá estudiarse conjuntamente con la ley 19 de 1982. Esta relación ley-

decreto muestra aspectos interesantes. Corresponde, en primer término, a una cierta técnica legislativa que busca la complementación entre los dos textos; el Congreso no quiso expedir simplemente una ley de facultades extraordinarias, como fue solicitado por el ministro de Obras, ingeniero Enrique Vargas Ramírez, al presentar la primera versión del proyecto en 1980, a manera de un cheque en blanco; el Congreso quiso definir concretamente los principales aspectos de la contratación administrativa y así lo hizo en los primeros 9 artículos de la ley 19 de 1982. En segundo lugar, no quiso esta última que los nuevos principios que ella consagra operaran automáticamente, sino que para su puesta en marcha remitió a las modalidades que señalara el Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias que le concedió; querían así las Cámaras Legislativas que la experiencia gubernamental fuera la que le diera vida a esos nuevos principios.

Unir la teoría de la ley con la práctica que da el manejo diario de los contratos era lo que se buscaba al hacer de la ley y del decreto secciones complementarias; además, la remisión a lo que dispusiera el decreto extraordinario servía para disipar los temores que los cambios legislativos traen. Por ello habrá que estudiar siempre, en forma conjunta, la ley 19 de 1982 y el decreto 222 de 1983. No se producirá la absorción de la ley por el decreto, como ocurre en otros casos de facultades extraordinarias: el lector toma el fruto y se olvida de la progenitora. Debe tenerse en cuenta, además, que hay principios como el del artículo 5° de la ley que tiene vida propia, que no quedaron condicionados al decreto. Este precepto, por cierto, debe ser el comienzo de una delimitación de lo que puede ser el "derecho local", o sea la precisión de lo que en materia normativa puedan disponer los departamentos y municipios, hoy en día un territorio donde reina la confusión.

Tomando, entonces, el decreto 222 como complemento de la ley 19, debemos mencionar los campos en los cuales se produce esa articulación. Lo que primero aparece a la vista es la indicación de los llamados "contratos administrativos". Este es el primer mérito del estatuto de 1982, haber establecido en la ley cuáles contratos integran esta categoría; antes este asunto, porque el legislador le había hurtado el cuerpo al problema, estaba librado a la doctrina y a la jurisprudencia. Y cuando tenemos un derecho administrativo "legislado", estábamos tomando el camino del derecho francés de apelar a criterios discutibles para obtener lo que debe precisar la ley: cuáles son los contratos administrativos propiamente dichos y cuáles son los de derecho privado del Estado.

Este compromiso del legislador que no se había atendido cuando en 1964 se trasladó la competencia contenciosa sobre ciertos contratos del Estado a la justicia administrativa (Tribunales Administrativos y Consejo de Estado) ni cuando se expidió la ley que dio nacimiento al decreto-ley 150 de 1976, lo asumió el Congreso con la ley 19 de 1982. En su artículo 1° se dice cuáles son contratos administrativos, pero dentro de esa especie de diálogo ley-decreto se facultó al Gobierno para que al hacer uso de las facultades extraordinarias pudiera volver sobre el tema y agregar otros contratos a la lista legal. El decreto 222 lo hizo en su artículo 16 con la particularidad de que a los contratos que consideró de naturaleza administrativa agregó algunos del Ministerio de Comunicaciones y su sector, que resultó así con puesto especial dentro del estatuto de contratación.

El segundo renglón dentro del cual la ley buscó la complementación del decreto es el de los nuevos principios, o sea en cuanto a la modificación, interpretación y terminación unilateral de los contratos administrativos. Como ya se expresó, era fundamental que esta trilogía de conceptos, que en naciones como España, Francia y Argentina, con modalidades, diferencian ciertos contratos del Estado de los contratos que celebran entre sí los particulares y de aquellos en que el Estado no utiliza prerrogativas (contratos de derecho privado de la administración), pasara por el prisma de

la experiencia gubernamental, para que fuera ésta la que le diera los contornos de su operatividad. El decreto 222 de 1983, a partir del artículo 18, señala procedimientos, trámites, condiciones, a través de los cuales van a funcionar dichos principios. La intención fue la de limitar el riesgo de dichos principios, para que se fueran aclimatando en nuestro medio, aunque los poderes administrativos que ellos traslucen son conocidos de funcionarios y de contratistas en el terreno de la ejecución de los contratos.

En la primera parte del artículo 10 de la ley 19 se encuentran otros aspectos sobre los cuales ésta otorgó facultades extraordinarias al Gobierno. Se pueden dejar de lado por el momento para cerrar el cuadro de los complementos que la ley quiere del decreto: modificaciones a variados temas del decreto-ley 150 de 1976, anterior estatuto de contratación, y para reformar el régimen de ocupación, adquisición y servidumbres e inmuebles necesarios para obras públicas, y para disponer sobre zonas desafectadas del uso público.

Las modificaciones al decreto 150 forman el cuerpo principal de disposiciones del decreto 222; hasta el punto que pudo derogarse el 150, cuestión que ha suscitado alguna discusión. Por último, dentro de esta presentación general de las relaciones ley-decreto, el cuarto rubro que se mencionó atinente a bienes y obras públicas, el numeral respectivo (parte final del artículo 10) tuvo un error mecanográfico en el Congreso que le suprimió un pedazo, que lo hace incomprensible a la lectura. El decreto 222, sin embargo, desarrolló las partes claras del texto.

### III. LA DEROGACION DEL DECRETO 150 DE 1976

Con anterioridad a la vigencia del decreto 222 de 1983 existía el decreto 150 de 1976 por medio del cual se dictaron "normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas". El artículo 304 del estatuto del presente año derogó el decreto 150, circunstancia que se ha discutido por cuanto la ley de facultades sólo autorizaba su modificación (aunque de la suma de modificaciones puede resultar la derogatoria total), pero ello no significa que el decreto de 1976 quedara despojado de valor, no, porque el decreto 222 se redactó tomando en cuenta las disposiciones del 150 que debían quedar iguales, y las que debían sufrir modificaciones parciales o de fondo.

Hubo alguna reordenación de materias, como al sistematizar el tema de los requisitos de los contratos, y cambio de ubicación de algunos capítulos, como aquellos de nulidades y delegación presidencial. Pero puede decirse que la estructura general del decreto 150 se mantiene y que la mayor parte de sus normas sobrevive, con los cambios introducidos. A medida que se vaya profundizando en la cuestión se podrán hacer los balances comparativos. Por ahora lo más sobresaliente son los nuevos temas que trae el decreto 222 y algunos de los principales puntos de diferencia.

Evidentemente el último de los dos decretos, o sea el de 1983, contiene mayor cantidad de materia. Esto aparece de la propia numeración del articulado, que da un centenar de textos adicionales. Además porque la ley de autorizaciones, la ley 19 de 1982, fuente del decreto 222, tiene mayor sustancia normativa que la ley 28 de 1974, que dio nacimiento al decreto 150 de 1976. El mismo título del estatuto lo denuncia ya que en este último se hacía énfasis en las normas para la "celebración" de contratos, mientras que en 1983 se dictan normas de fondo. Estas disposiciones corresponden a los nuevos principios legales de los contratos administrativos (trilogía de la modificación, interpretación y terminación unilaterales) y a la distinción entre este tipo de contratos y los denominados de derecho privado de la administración; clasificación, por cierto, que desdibuja la exigencia de cláusula de caducidad en los contratos de arrendamiento (con anterioridad típico de derecho común) y en mayor grado la del artículo 60 del decreto 222 según la cual la cláusula de caducidad "arrastra" o lleva consigo

los nuevos principios de los contratos administrativos; lo que hace que algunos contratos de derecho privado sólo lo sean de apariencia puesto que por dentro están rellenos con normas de derecho público.

Este factor de los nuevos principios de los contratos administrativos y su clasificación arroja la mayor diferenciación entre el decreto 150 de 1976 y el decreto 222 de 1983. El segundo factor puede ser el de contratos que se regulan en el último decreto y que no estaban en el 150, o que lo estaban de manera distinta o más limitada. Dentro de este segundo rubro están todos los preceptos relativos a los contratos del sector del Ministerio de Comunicaciones, que resulta así con un tratamiento especial dentro del estatuto. El Ministerio de Defensa lo sigue con algunas normas también especiales para él.

Además, surgen nuevas figuras contractuales, como el contrato de consultoría, que tienen un capítulo especial, antes aparecía en parte en el contrato de obras públicas, en parte dentro del de servicios; ahora tiene cuerpo propio y mucho interés para ingenieros y economistas, y para las universidades, conforme al empeño del presidente de la República de que se vinculen a él. Otro contrato que se afianza es el de concesión; se habla de los contratos de concesión de telecomunicaciones, y del de concesión por el sistema de peaje, que recibe normas nuevas. Sin embargo, no se utilizó la facultad extraordinaria que otorgó la ley al Gobierno para redefinir contratos, que hubiera podido conducir a una definición global de las distintas formas de concesiones. Esta figura contractual necesitará mayores impulsos en el futuro. También se incorporaron disposiciones sobre el contrato de seguros (artículo 243) y el de acuñación de moneda metálica y billetes (artículo 219).

Bajo el nombre de "contratos especiales" el artículo 247 del decreto 222 de 1983 menciona contratos que puedan comprender diseño, construcción, financiación, suministro, montaje, instalación de equipos y maquinarias, si fuere el caso, y la posibilidad de entregar la obra en funcionamiento. Este tipo de contratos, que agrupa operaciones que suelen venir separadas en expresiones contractuales distintas, se ha venido denominando "llave en mano"; pueden ser autorizados por el Consejo de Ministros en otros gobiernos bajo ciertas condiciones. También están previstos los contratos de obras públicas accesorios de otros contratos que se tienen por principales y cuya vinculación entre sí hace necesario un cierto tratamiento común para facilitar la operación que puede ser conjunta.

Debe registrarse otra novedad en cuanto a la cláusula llamada de "finalidad" en los contratos de concesión de televisión y radiodifusión. Esta cláusula, que se entiende estipulada aunque no esté inserta, debe decir que las transmisiones tienen por objeto difundir la verdad y elevar el nivel cultural y la salud de la población; preservar y enaltecer las tradiciones nacionales; favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional. El incumplimiento de la misma puede dar lugar a la caducidad del contrato. El Estado adquiere así un poderoso y delicado instrumento sobre esos medios de comunicación.

#### IV. ALCANCE DEL DECRETO

Para terminar con los aspectos más generales que plantea el decreto 222 de 1983 sobre contratación de la Nación y de sus entidades descentralizadas, se debe reflexionar sobre los alcances del mismo, lo cual determina su aplicabilidad. Bajo tres ángulos puede hacerse este análisis: desde el punto de vista de las entidades territoriales, de la diferente naturaleza jurídica de las entidades descentralizadas por servicios y en cuanto a la totalidad de los contratos que puedan celebrar la Nación y sus entidades.

Según el artículo 5º de la Constitución, son entidades territoriales los departamentos, intendencias y las comisarías y los municipios (el Distrito Especial de Bogotá es un municipio con un régimen en algo particular). También lo es el Estado, como persona jurídica, que en Colombia solemos denominar la Nación. Como lo dice el título del decreto 222, en principio él sólo es aplicable a la Nación y a sus entidades descentralizadas; en algunas materias, según el artículo 1º se aplica también a departamentos y municipios.

Esta distinción reposa sobre la consideración de que hay temas de la contratación que pertenecen al área de la autonomía que la Constitución y la ley reconocen a las entidades departamentales y municipales para administrar sus bienes y recursos y para prestar los servicios a su cargo. El contrato es un instrumento importante para disponer y administrar esos bienes que son propiedad de los departamentos y municipios, y de los que ellos hayan trasladado a sus entidades de servicios. En función de la autonomía de que gozan, departamentos y municipios a través de sus ordenanzas departamentales y acuerdos municipales pueden definir los trámites bajo los cuales se comprometen contractualmente: si determinado contrato requiere licitación pública a partir de tal cuantía, o licitación privada, o se puede escoger directamente al contratista; si la celebración del contrato debe estar precedida de una autorización o debe ser aprobado por un órgano administrativo y cuál, por ejemplo.

Estas son cuestiones que no puede decidir la ley para los departamentos ni municipios sin causar mella en su autonomía, y que normalmente tienen contempladas correctamente los códigos fiscales. Pero hay otra zona de normatividad que ya no versa sobre el procedimiento administrativo de la contratación sino que contiene asuntos de fondo que corresponden a la ley, dentro de lo que se llama reserva de la ley. El fenómeno de la responsabilidad contractual está regulado en el Código Civil; sólo una ley (y no una ordenanza ni un acuerdo) pueden cambiarla. Qué se entiende por compraventa o permuta o arrendamiento está también en ese estatuto y ni el más crudo federalismo predicaría que la tipología contractual fuera distinta de departamento a departamento. Si un asunto de carácter contractual, en los litigios que cree, debe ser conocido de los jueces civiles, laborales o administrativos, es también materia de las leyes de procedimiento y organización judicial y no de las normas de carácter administrativo que producen las asambleas y los concejos.

No se ha profundizado suficientemente en Colombia sobre estas distintas esferas de la ley y de los actos locales, sobre lo que corresponde disponer a la primera y lo que pueden resolver directamente las autoridades seccionales en ejercicio de su autonomía y con normas de alcance exclusivamente administrativo. Este examen de un "derecho local", cuyos trazos hemos indicado en el curso de posgrado del Colegio del Rosario, comprende distintos rubros: organización y funcionamiento administrativo, impuestos, policía, prestaciones sociales, contratos, etc. En la reflexión del derecho local se buscaría determinar qué pertenece al campo de la ley y cuál puede ser disciplinado, como dicen los españoles, por normas de nivel seccional. Quizás el primer esfuerzo de delimitación de esas esferas lo ha intentado el artículo 5º de la ley 19 de 1982 (matriz del decreto 222 de 1983); él señala que en desarrollo de su autonomía los departamentos y municipios pueden disponer en sus normas fiscales sobre formación y adjudicación de los contratos y cláusulas de los mismos; pero lo atinente a tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, está reservado a la ley, como lo de inhabilidades e incompatibilidades.

Es un error pensar, entonces, que el decreto 222 se aplica en su totalidad en departamentos y municipios; únicamente lo es en aquella parte que el artículo 1º previó, perteneciente al dominio o reserva de la ley. En las otras cuestiones no, porque son de la autonomía suya. Otra cosa es que se encuentren convenientes las disposiciones sobre licitación pública o privada y sus excepciones, por ejemplo, y que se quieran repro-

ducir allí. Se puede hacer modificando el Código Fiscal respectivo, como cuando se llevó el decreto 150 de 1976 al ámbito departamental, que no fue por su propia fuerza legal —que no tenía para eso— sino porque algunas autoridades seccionales así lo ordenaron: quien tiene poder para crear la norma la inventa o la toma de otra parte.

Otra limitación que tiene el decreto 222 de 1983 —se anunció al comienzo de esta nota— es en relación con las propias entidades nacionales para las cuales se dictó, preferentemente. Cobija a ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos; pero no en todo a empresas o sociedades de economía mixta por dos razones: porque no se quiere disminuir con la pesadez de trámites la agilidad con que ellas deben moverse, y porque los contratos de estas últimas son, en principio, contratos del derecho privado, conforme a la naturaleza jurídica que ostentan. De ahí que en el artículo 1º del 222 se dice que a empresas y sociedades les son aplicables las normas de cierto tipo de contratos (obras públicas y empréstitos) y los otros en la medida en que así se haya dispuesto de manera especial.

Por último, no regula el 222 todos los contratos que puedan celebrar la Nación y sus entidades descentralizadas. Solamente aquellos, propiamente administrativos o de derecho privado, tratados en él y que menciona su artículo 80.

## V. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Planteados los principales aspectos generales que suscita el nuevo estatuto de contratación, integrado indisolublemente por la ley 1982 y el decreto ley 222 de 1983, puede comenzar a descenderse hacia los temas concretos que constituyen su razón de ser como cuerpo de normas. En primer término, lo atinente a la clasificación de los contratos en contratos administrativos propiamente dichos y en contratos de derecho privado de la administración. Superada la etapa que vivió el derecho alemán, por ejemplo, en que se decía que el Estado podía obtener lo que busca por el mecanismo contractual a través de actos administrativos unilaterales (con aceptación del administrado), la orientación en la materia fue hacia la existencia de dos tipos de contratos, tal como se ha señalado. La influencia que ha jugado el derecho francés en el derecho administrativo puede explicar esa tendencia, que es fácil de registrar en numerosos sistemas jurídicos.

Aceptada la distinción en las dos clases de contratos la dificultad comienza en precisar cuáles son administrativos y cuáles son de derecho común. Para resolver la incógnita se puede apelar a diferentes instrumentos: que la ley haga la clasificación, que la vaya estableciendo la jurisprudencia en la solución de los casos concretos. En el derecho francés, que ha servido de punto de referencia a otros derechos, se emplean los dos instrumentos, pero con predominio del segundo. Algunas leyes definen que un contrato sea administrativo o de derecho privado, pero la mayor parte de las veces el parlamento deja esa responsabilidad a la jurisprudencia, y ésta ha elaborado los famosos "criterios" de competencia que permiten al litigante dirigir su pleito a la justicia administrativa que encabeza el Consejo de Estado o a los jueces civiles, que integran la justicia ordinaria. Criterios como el de la finalidad de servicios públicos del contrato, el de la presencia de cláusulas exorbitantes (entre nosotros la caducidad, por ejemplo) han sido los más destacados y vigentes en el tiempo, y ellos permiten al abogado encaminar su litigio hacia determinada jurisdicción.

Pero la solución no es feliz, los criterios van cambiando, van perdiendo utilidad y se crean confusiones entre los "justiciables". Díganlo si no las numerosas páginas que dedican los autores de derecho administrativo francés a explicar los pasos que pueden llevar a la puerta de determinado juez. Por esto es comprensible que se acuda al legislador para que él a través de las normas de competencia resuelva quién debe

encargarse de los conflictos que surjan entre la administración y sus contratistas. Aunque hemos advertido como característica del derecho administrativo colombiano el ser legislado, en contraste con el francés que es principalmente jurisprudencial, en el campo del señalamiento de la competencia contractual estaba dejando a los jueces esa tarea. En efecto, importantes estatutos sobre el ramo contractual, como el decreto 150 de 1976 y el decreto 528 de 1964, no definieron el asunto y dejaron a la interpretación la cuestión de saber cuál es el juez del contrato.

La ley 19 de 1982 quiere brindar claridad en el camino de la justicia contractual y para ello comienza con la clasificación de dos tipos de contratos. Dentro de la técnica legislativa de decir ella misma una parte del nuevo derecho y remitir al Gobierno para que con facultades extraordinarias completara la labor, el Art. 1º de la ley 19 presenta como administrativos los cinco tipos de contratos más generalmente aceptados como contratos propiamente administrativos: concesión de servicios públicos, obras públicas, suministro, prestación de servicios y explotación de bienes del Estado. El Ejecutivo, de su parte, al hacer uso de las facultades, en el art. 16 del decreto 222 añadió los de empréstitos, algunos de los pactados entre entidades administrativas y los celebrados con ciertos organismos internacionales de crédito; se agregaron también los específicos del sector de Comunicaciones.

Los demás se consideran de derecho privado, salvo que ley especial disponga en sentido contrario; y hay casos en que tal ocurre en contratos particulares a determinado ente administrativo. Las consecuencias de la calificación son dobles: el juez competente, como se dijo atrás, y la aplicación de la trilogía de principios (modificación, interpretación y terminación unilateral) que trae la ley 19 y que le dan al contrato administrativo una sustancia propia que permite diferenciarlo del contrato de derecho privado. Allí está el principal signo de avance de la doctrina jurídica que trae el nuevo estatuto; como consecuencia de él el Estado queda dotado de instrumentos para manejar las políticas que se realizan a través del mecanismo del contrato y para salvaguardar en mejores términos el interés público que en ellas existe.

Ha sido criticado que al lado del esfuerzo de clasificación se mantenga la cláusula de caducidad como indicadora de la competencia del juez administrativo. Allí puede localizarse un defecto del estatuto de 1983. Se hizo obligatoria tal cláusula en contratos típicamente de derecho privado, por la comodidad que brinda para la administración en la terminación del contrato. Pero su presencia exagerada desajusta los conceptos, más cuando conforme al art. 60 del decreto 222 pactada la caducidad deben pactarse las cláusulas con la trilogía de los nuevos principios. Así puede existir contrato de derecho privado como fachada, pero en los interiores los principios que le dan vida pertenecen a otro ramo del derecho. Es un punto en que una buena directiva administrativa puede impedir excesos innecesarios y que, de contera, contribuye a hacer boroso lo que hubiera podido ser más claro.

## VI. LAS PRIMERAS DEMANDAS

Al tiempo que está para definirse en la Corte Suprema de Justicia la primera demanda contra la Ley 19 de 1982, comienzan a aparecer las acusaciones ante esa misma corporación contra el decreto 222, nuevo estatuto de contratación nacional. Es un derecho ciudadano el de la acusación y el de la defensa de las normas. Además, este derecho no es, por fortuna, teórico, sino que está anclado en nuestras costumbres. Fuera de ello, algunos buscan un resultado en las demandas como un trofeo de caza, para agregar méritos al *curriculum* profesional.

A una de estas primeras demandas se refiere el concepto del señor Procurador General de la Nación de mayo 3. El cargo de inconstitucionalidad está dirigido contra

todas las disposiciones que integran el decreto, pero, según la vista fiscal, no se expresaron todas las razones de violación de la Constitución respecto de las normas enjuiciadas, sino en relación con algunas de ellas. Por esto la demanda adolece de ineptitud sustantiva, ante la cual la Corte puede inhibirse para fallar.

A pesar de que el control de la constitucionalidad de las leyes y de las demás normas de carácter legal se ha querido en Colombia que sea abierto, siempre existen requerimientos de orden técnico en la presentación de las demandas que cuando no se cumplen impiden las decisiones de fondo. Aunque éstas son cuestiones de conocimiento de los abogados, no por ello son inaccesibles a las demás personas que leen sobre ellas, menos cuando existe un interés en diversos sectores de informarse sobre los cambios en el estatuto de contratación y el porvenir de la Ley 19 de 1982 y el decreto 222.

Una acusación simplista y equivocada es la de que la ley (art. 5º) y el decreto (art. 1º, parte final) quebrantan la autonomía de los departamentos y municipios porque, la primera, busca definir qué materias son propias de la ley y qué otras corresponden a la autonomía de estos últimos, y el art. 1º del decreto porque dice qué normas son aplicables a estas entidades territoriales. Es un desconocimiento de los principios que informan el denominado "derecho local" que en todo lo departamental y municipal tiene una zona que debe ser cubierta con disposiciones legales y otra con normas de carácter local.

La Procuraduría General de la Nación en dos ocasiones ha rechazado el cargo y ha defendido tanto el art. 5º de la ley como el art. 1º del decreto 222, sobre la base de que es facultad de la ley regular los temas comprendidos en dichos textos, la cual no ha sido constitucionalmente atribuida a ninguna otra autoridad. No se debe olvidar tampoco que los departamentos y municipios producen normas administrativas y que con ellas no es posible modificar los principios sobre contratación que por estar consagrados en el Código Civil deben ser variados por preceptos de esa misma jerarquía legal. Como a este punto me he referido ya en artículos anteriores, no considero conveniente profundizar más en él.

Otro argumento que ha aparecido contra el art. 301 del decreto 222, es el de que es inconstitucional porque derogó el decreto 150 de 1976 y la Ley 19 de 1982 solamente había autorizado al Gobierno para modificar este estatuto. El ataque aquí es puramente formal. En la demanda se consignan expresiones como éstas: el Presidente de la República no sólo reformó el decreto 150 de 1976 sino que fue más allá de las facultades concedidas, llegando al extremo de derogar expresamente el decreto 150 de 1976 y dictar un nuevo estatuto de contratación.

Se hace atención a las palabras modificar y derogar pero no al contenido de las facultades extraordinarias. Estas fueron concedidas en forma amplia para reformar el decreto 150. Si el Ejecutivo las utilizó —como efectivamente lo hizo— para repetir unas veces disposiciones del decreto 150 y para modificar en otras este decreto, de la suma de traslados y modificaciones surge que el decreto 150 ya no tenía papel y que podía ser derogado. Quien se ponga en la tarea de comparar lo estipulado en el decreto 150 y en el 222, encontrará que este último se elaboró dejando intactas o modificando las disposiciones del primero, luego era lógico que al final de la tarea se pudiera decir que el decreto 150 no tenía ya razones de existir.

Lo contrario hubiera sido lo ilógico: modificar todo el 150 y después declarar que quedaba vivo. ¿Cuáles normas serían aplicables, las nuevas que surgieron de la modificación del decreto 150 o las viejas de este estatuto? ¿Puede un estatuto sembrar semejante confusión? ¿Acaso las reformas que se hagan no deben estar destinadas a brindar mayor claridad a los ciudadanos?

## VII. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Con ponencia del magistrado Carlos Medellín, la Corte Suprema de Justicia el 19 de mayo dictó sentencia declarando la constitucionalidad de todas las disposiciones acusadas de la ley 19 de 1982. Como se sabe, la ley estableció los nuevos principios de los contratos administrativos y dio facultades extraordinarias al Gobierno para desarrollar esos principios y para modificar en todas sus partes el decreto 150 de 1976 y otros asuntos más especiales. Principal fruto de esa ley es el decreto-ley 222 de 1983, que reemplazó al decreto 150; sin embargo, pueden producirse decretos reglamentarios de la misma ley y del decreto, y en efecto ya han comenzado a aparecer algunos textos.

Todo cambio en el orden jurídico genera riesgos de aplicación de las nuevas disposiciones y despierta antipatías. En Colombia se atacan las obras institucionales de las personas cuando a éstas no se les quiere atacar directamente. Cuántos años duró la crítica a la reforma constitucional de 1968 y los críticos gobernaron con ella y no propusieron su derogación. En un terreno como el de la contratación del Estado una ley que mejore los poderes de que éste dispone por manejar ese instrumento de la política administrativa suscita resistencias, temores, y se cree que puede lesionar intereses. De todos modos, los cambios de los conceptos existentes no siempre se reciben bien y los estatutos nuevos estarán siempre sujetos a pasar las pruebas de la crítica.

En el caso del fallo de 19 de mayo de 1983, la Corte debía analizar una demanda que según sus términos comprendía todo el articulado y el mismo título de la ley. No obstante, el Procurador General de la Nación observó en su concepto de febrero 12 que aunque se invocaban como transgredidos veinte preceptos constitucionales solamente se sustentó la violación de ocho. Las acusaciones contra la ley, de otra parte, según se lee en la vista fiscal en la sentencia y en la propia demanda, comprendieron algunos aspectos que no eran propiamente de la controversia constitucional, mientras que otros sí se refirieron a la relación Constitución-ley.

Entre las cuestiones que no eran justamente del debate constitucional estaban, por ejemplo, las atinentes a que algunos artículos resultan ineficaces, que no producen los efectos que se esperan de toda ley. Aquí hay otro error de la demanda que el Procurador advierte bien: debe distinguirse entre eficacia y validez, y la constitucionalidad de una norma no está condicionada a su eficacia. Puede pensarse, extremando el ejemplo, que una norma sea inútil, mas no por ello se convierte en inconstitucional. Es una cuestión de la política legislativa, pero no de constitucionalidad. Como lo anotan bien el jefe del Ministerio Público y la Corte, las razones de conveniencia o inoportunidad no son de recibo en el estudio del control de constitucionalidad.

La demanda, de otro lado, ofrecía contradicciones; de una parte atacaba los nuevos principios de la ley (modificación, interpretación y terminación unilateral de los contratos), de otra le quitaba importancia a los mismos. Tampoco fue afortunada cuando tomaba como cargo constitucional ir en contra de determinados artículos de otras leyes, pues ésta tampoco es una acusación válida de inconstitucionalidad.

En verdad era muy difícil hallar verdaderos motivos de inconstitucionalidad en la ley; por más que quiera ampliarse el "bloqueo de constitucionalidad" o los asuntos que no pueden ser tocados por las leyes, la realidad es que la mayor parte de las disposiciones sobre contratos de la administración son del resorte de la ley, y en cuanto a nuevos principios, se trata de reformas a los conceptos del Código Civil. Esto no les gusta a ciertos juristas, pero es una necesidad del Estado y de los tiempos presentes. Inclusive estuvieron de acuerdo en esas modificaciones, bajo el ángulo constitucional, los magistrados de la Sala Civil de la Corte, que votaron favorablemente la ponencia.

La demanda exageró la censura a los términos de la ley; refiriéndose al art. 5º que establece la delimitación de funciones normativas entre la ley y los actos departamentales y municipales, habló de un "exabrupto". Pero no lo era, el Procurador y

la Corte entendieron bien esa distinción que, si se repitiera en otros campos, podría dar lugar a que el "derecho local", o sea el conjunto de competencias de asambleas y concejos, comenzara a tener claridad.

La sentencia de 19 de mayo comprendió bien los nuevos principios de la contratación que trae el estatuto y las contraprestaciones que se encuentran en los principios del equilibrio financiero del contrato y la indemnización cuando el contrato se termina anticipadamente por razones de inconveniencia o inoportunidad. Aunque en este punto la Procuraduría General había aceptado una causal de inconstitucionalidad sobre el art. 8º, el fallo entiende bien que se trata más de la aplicación de un mecanismo contractual que una actuación administrativa para condenarse a sí misma. Ninguna fortuna tuvo, finalmente, la demanda, hasta el punto que no hubo salvamentos de voto. Superado este episodio, las cosas se enrumban hacia la manera como va a ser aplicado el decreto 222 de 1983.

### VIII. EL ESTADO Y LOS CONTRATISTAS

Uno de los costados de las relaciones entre el Estado y los contratistas que ha cambiado más es el relativo a los precios que el primero debe pagar. Particularmente en los contratos de obras públicas y de suministros. Disposiciones consagradas en el nuevo estatuto de contratación (ley 19 de 1982 y decreto 222 de 1983), que aparecen fáciles y comprensibles, han sido objeto de una evolución larga en el tiempo. Las causas de esas modificaciones, que inclusive han podido alterar, en sentido positivo, el clima de los vínculos entre administradores y contratistas, aparecen señaladas en un famoso artículo del profesor francés Marcel Waline (*La evolución reciente de las relaciones del Estado con sus contratistas*). A pesar de que su texto es antiguo (fue publicado en el número 1 de la *Revue du Droit Public*, año de 1951), el artículo contiene muchas enseñanzas para la época y precisa ciertos conceptos no suficientemente divulgados entre nosotros.

La evolución la sintetiza el maestro fallecido el año pasado en estos términos: "El cocontratista del Estado era considerado antes como poseedor de intereses antagonistas de los del Estado. Era un adversario, por lo menos la «parte adversa» en un conflicto siempre latente y listo a degenerar en proceso. Hoy, la administración considera a su cocontratante como un colaborador voluntario, si no desinteresado, cuyos intereses, pecuniarios, no son necesariamente opuestos al interés bien entendido del Estado; y tanto las administraciones como los tribunales administrativos lo tratan cada vez más como tal".

Sin perjuicio de la calidad de las obras o de los suministros, factor que aseguraba a través de las sanciones contractuales, el Estado del siglo XIX y de comienzos del XX al contratar buscaba hacer economías, puesto que le salía más caro proveerse directamente o construir él mismo. Esta consideración dominaba y era propia de la burguesía gobernante, ella misma severa en sus gastos. El licitador particular (y no el licitante, que es la entidad pública, confusión que existía en el decreto 150) era el que tenía que preocuparse por los precios, era de su interés financiero, opuesto al estatal. Piedad no había para él si se equivocaba en los cálculos o en la evaluación de la ejecución de su contrato, porque no existían posibilidades de precios superiores a los pactados.

Para la época la regla de la adjudicación al precio menor era casi absoluta. En los pliegos de cargos más favorables al empresario se contemplaba la rescisión del contrato por variaciones de precios que superaran cierto límite, sin indemnización. Por el contrario, sus faltas o su incumplimiento daban lugar a pesadas indemnizaciones a cargo del contratista, y la teoría de la fuerza mayor era de poco empleo. Los riesgos

económicos caían sobre las espaldas del contratante del Estado y las cláusulas contractuales se aplicaban con estricto rigor, salvo en cuanto a los trabajos suplementarios imprevistos ordenados por los interventores estatales.

De allí en adelante, observa Marcel Waline, se abre paso otra concepción que va a mirar las cosas de otra manera y que va a tener en cuenta las variaciones de los precios y sobre quién recae. La idea dominante es la de que, por la fuerza natural y como se aprecia más en los contratos a largo plazo, el contratista deja de ser la parte adversa, a la que hay que derrotar o arruinar, agregamos, para ser visto como un colaborador en una empresa que es del Estado: la obra, el bien o el servicio contratado. Ciertos trabajos técnicos, en los cuales deben colaborar equipos de estudio de la administración y del Estado, indispensables para la buena ejecución de los contratos, van creando un clima de confianza entre las partes. Sola ella explica solicitudes de suministros en los cuales no se ha determinado el precio.

La especialización de las firmas, de una parte, y el propósito de éstas de cubrirse contra el rigor de las estipulaciones elevando los precios, hacen más comprensibles a las autoridades las ganancias legítimas del contratista, ya instalada la noción de que éste es un colaborador y no un adversario. En el campo jurídico y económico la evolución sobre el nuevo ambiente de las relaciones contractuales se muestra con la disminución de las adjudicaciones automáticas, la modificación en la redacción de los contratos, la jurisprudencia que da ventajas a los contratistas por fuera de las cláusulas y por el financiamiento de los contratistas.

La adjudicación automática reposaba sobre la simple consideración de los precios; pero no siempre el licitador que ofrecía el menor precio estaba en posibilidad de cumplir, y la calidad del trabajo podía quedar afectada. Procedimientos como la licitación privada o la adjudicación directa quieren desligar el contrato de las sujeciones del menor precio y ponderar la calidad de las obras, bienes o servicios. Pero donde mayor inventiva se exhibe es en cuanto a las fórmulas de variación de los precios, que en Francia datan de una circular del Ministerio de la Economía de 1938 que para los estudiosos del tema puede ser útil comparar con los factores que hoy utiliza el Ministerio de Obras Públicas. Los jueces, por último, ponen un buen grano de arena en la mejora de la situación económica de los contratistas a partir de la teoría de la imprevisión, tan conocida de abogados e ingenieros.

La condición de los contratistas ha cambiado mucho en su favor, concluye Waline cuyo largo estudio se ha tratado de presentar bajo ciertos ángulos: los contratistas están protegidos contra las alzas de precios, el área económica ha sido asumida en gran parte por el Estado.

## IX. ACTOS Y CONTRATOS

Normalmente se dan como antagónicos los actos administrativos y los contratos del Estado. Se dice que el poder público tiene, en ocasiones, la posibilidad de escoger entre dictar un acto unilateral o celebrar un contrato. A veces se suceden en el tiempo unos y otros. Si los entes públicos no pueden llegar a algún acuerdo con un particular para adquirir un bien a través de un contrato de compraventa, conforme a la ley pueden decretar la expropiación si el precio en cuestión es indispensable para un programa gubernamental calificado de utilidad pública. En alguna época la doctrina alemana se opuso al procedimiento del contrato aduciendo que el Estado renunciaba así a sus prerrogativas y que él podía adquirir mediante decisión unilateral bienes y servicios que normalmente se obtienen mediante contrato.

La idea de contrato aparece ligada a la de dejar a un lado los arreos del poder y colocarse en condiciones de negociar con un particular una determinada adquisición.

En la doctrina francesa esta igualdad condujo a la tesis de que los contratos estaban regidos por el derecho privado, como que eran fruto de actitudes iguales a las que toman los particulares entre sí. Por el contrario, en los actos unilaterales aparecía el Estado dotado de toda la arrogancia del poder.

Sin embargo, la contradicción entre actos y contratos no es total y definitiva. Se van pasando las cosas en forma que el Estado incorpora a ciertos contratos algunos privilegios, y algunas definiciones suyas dentro del trámite de los contratos se exteriorizan precisamente por medio de actos administrativos unilaterales. El acto unilateral penetra en la fortaleza del contrato que le parecía esquivo y en cierta forma se la toma por dentro. Se va siendo claro que la apertura de una licitación es un acto administrativo unilateral; que inadmitir una propuesta o dejar de considerarla puede significar una decisión unilateral equivalente a un acto administrativo; que adjudicar una licitación es un acto de este tipo, como lo son también los que se relacionan con la imposición de multas y, el acto supremo dentro de la vida contractual, declarar la caducidad. Repudiado al comienzo como un instrumento jurídico opuesto al contrato, el acto unilateral se instala por dentro del procedimiento licitatorio y contractual.

Esta manera de mirar las cosas produce una cierta desintegración de la noción del contrato, que antes se le veía como un todo. En frente de un contrato contemplado al final como una especie de unidad sellada, a la cual acceden todos los pasos de trámite que se hayan dado, surge la del contrato armado como en una suma de piezas que si bien hacen un conjunto en un momento dado se pueden tomar como partes separables. Y esto dio cabida justamente a los denominados *actos separables*. Quiere decir, por ejemplo, que algunos actos anteriores a la adjudicación pueden ser atacados y pueden ser anulados por violación de normas legales. Esto no se podía tener dentro de una visión del contrato como unidad, y ello conducía a la necesidad de esperar para buscar la nulidad del contrato, si era posible. La noción de los actos separables fue introducida para proteger a licitadores (y no licitantes, que son las entidades), que hubieran sido descartados sin razón válida. Una decisión favorable les puede restablecer su aspiración al contrato.

El nuevo estatuto de contratación nacional, aplicable sólo en partes a departamentos y municipios, y que está compuesto por la ley 19 de 1982 y el decreto 222 de 1983, prevé la posibilidad de que se dicten actos administrativos unilaterales tanto dentro de la etapa de formación del contrato como dentro de la segunda de ejecución del mismo. Por esto el art. 3º de la ley 19 dispone que los actos administrativos que se produzcan dentro de la formación o adjudicación de los contratos, aun de los de derecho privado de la administración, estarán sujetos al procedimiento gubernativo. Es la consagración de la teoría de los actos separables, que puede rematar en una definición judicial sobre la materia, que corrija los cometidos. El estatuto agrega otros actos unilaterales a los ya conocidos puesto que a través de ellos pueden ejercerse, en última instancia, los privilegios administrativos de modificar, interpretar y terminar el contrato por circunstancias de inconveniencia.

Existen otros aspectos que complican la distinción entre acto unilateral y contrato. Se han discutido con anterioridad en la doctrina jurídica, pero ciertos fenómenos nuevos, algunos de ellos procedentes del intervencionismo económico, han hecho que sean considerados otra vez. Algunos actos administrativos se producen a solicitud de los administrados, o tienen que recibir luego su consentimiento. En tales hipótesis, ¿se estaría no en frente de los actos unilaterales sino de verdaderos contratos? Si una persona solicita un empleo en el Estado, o después acepta el nombramiento como tiene que hacerlo, ¿se ha formado imperceptiblemente un contrato entre la administración pública y el futuro empleado? No lo entiende así la doctrina francesa, demos por caso, ni tampoco el derecho colombiano.

De todas estas cuestiones, para terminar hoy, se ocupa el formidable tratado de los contratos administrativos que alcanzó a escribir en una parte André de Laubadère antes de su muerte y que acaba de ver la luz pública en París, con la colaboración de los profesores Frank Moderne y Pierre Delvolvé. El juego del azar hace que en ese primer tomo del tratado (808 páginas) se discutan las tesis sobre la materia de otro ilustre desaparecido, el profesor Charles Eisenmann, cuyos cursos de la Facultad de Derecho de París acaban también de ser editados (más de 1.600 páginas los dos tomos). Entre las dos obras, una especie de *suma teológica* de los actos y los contratos.