

ALGUNOS COMENTARIOS AL REGIMEN DE LA CONTRATACION ESTATAL EN COLOMBIA

Allan R. Brewer-Carías

En 1993, se ha dictado el nuevo régimen de contratación de la Administración Pública en Colombia mediante la sanción de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 y que, en cuanto a cuerpo normativo destinado a regular tal materia, sigue la tradición reforzada con el Decreto-Ley 150 de 1976, y consolidada en el Decreto-Ley N° 222 de 1983¹; en el estilo de la codificación del estatuto contractual del Estado que en los países de habla hispana, encuentra reflejos en España y Costa Rica.

Sin embargo, en contraste con esos estatutos, el nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de 1993, ha provocado un vuelco total en la regulación de una de las figuras tradicionales del Derecho Administrativo, por la cual o contra la cual, tantos se han batido, y que ha estado, incluso, en el centro de las discusiones sobre su propia autonomía: la figura del contrato administrativo, propio de nuestro Derecho, sometido al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa, como contrapuesta al contrato de Derecho Privado, incluso el celebrado por la Administración, supuestamente sometido al Derecho Privado Civil, Mercantil o Laboral y a la jurisdicción ordinaria. El Derecho colombiano, tributario en esta materia del Derecho francés, tradicionalmente había acogido la distinción, positivizándola, de manera que la más acabada exposición legislativa de esta teoría de la dualidad de los contratos del Estado y el consecuente reparto de competencias para el conocimiento de su contencioso entre el juez contencioso-administrativo y el ordinario, era la Ley 19 de 1982 y el Decreto-Ley N° 222 de 1983 expedido con su habilitación², sustituidos por la Ley 80 de 1993.

Esta, ahora, abandona la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración, pero no para someter a todos los contratos de la Administración al Derecho Privado, sino para considerar que todos los contratos de la Administración, además de estar sometidos al Derecho Privado, tienen un régimen común de Derecho Público, por lo que los conflictos jurisdiccionales que se deriven de los mismos van sólo al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se acabaron, así, los supuestos contratos de Derecho Privado de la Administración.

En todo caso, dos reflexiones podemos hacer en torno a esta reforma: en primer lugar, el significado para el Derecho Administrativo del abandono de la distinción; y en segundo lugar, su significado para la jurisdicción contencioso-administrativa como un fuero judicial para la Administración.

I. EL SIGNIFICADO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ABANDONO DE LA DISTINCION ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION

El abandono de la noción de contrato administrativo como figura diferenciada del contrato de Derecho Privado de la Administración, en nuestro criterio, es un signo de madurez del derecho administrativo colombiano, que los administrativistas tenemos que

1. Sobre estos estatutos, véase LAMPREA Pedro R., *Contratos Administrativos. Tratado teórico práctico*, Bogotá, 1979; SALGUERO BASTO, Gonzalo, *Contratos Administrativos*, Bogotá, 1983; PEREZ VIVES, Alvaro, *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.
2. Véase GARCIA GONZALEZ, George. "El nuevo régimen de contratación administrativa", en *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*, Ministerio de Gobierno, Bogotá 1993, p. 17.

saludar. El haberse deslastrado de las pesadas cargas del Derecho francés que tanta influencia —por cierto beneficiosa— ha tenido en nuestros derechos, es un acto de rebeldía que, sin duda, va a contribuir a darle configuración propia a nuestros propios derechos.

Hace unos años, en una conferencia que leímos en el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, sobre “El concepto de contrato administrativo”³, dos años después de la entrada en vigor de la Ley 150 de 1976, concluíamos señalando que:

“En definitiva, la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración está en la actualidad superada, y ya no tiene interés jurídico. Insistimos, toda la actividad contractual de la Administración es administrativa, y habrá, en ciertos contratos, según la finalidad de servicio público perseguida, una preponderancia de régimen de Derecho Público. Si a estos contratos los queremos llamar contratos administrativos, ello será por convencionalismo y tradición terminológica legítima, pero no porque sean opuestos a los contratos de Derecho Privado que celebre la Administración”⁴.

En aquella época, esa afirmación, en Colombia, habría sido una especie de herejía; pero era claro que no se trataba de privatizar al Derecho Administrativo, sino de publicar toda la actividad administrativa.

Es cierto que desde las primeras décadas de este siglo, en Francia, también surgieron voces opuestas a la noción de contrato administrativo, pero partiendo del principio contrario: que no había contratos administrativos, porque el contrato es una materia de Derecho Privado. Esa era la tesis de Duguit, quien afirmaba:

“En sus elementos intrínsecos, un contrato tiene siempre las mismas características. El contrato es una cierta categoría jurídica, y cuando los elementos que la constituyen están reunidos, hay un contrato que siempre tiene los mismos caracteres y los mismos efectos. No hay diferencia, en cuanto al fondo, entre un contrato civil y un contrato administrativo”⁵.

Contra esa tesis y basándose en la autonomía del Derecho Administrativo se construyó paulatinamente la teoría del contrato administrativo, con pretendida individualidad propia frente al contrato de Derecho Privado, sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa, y con esa única justificación procesal. Comenzó entonces la afanosa e inacabada búsqueda de un criterio de distinción, para lo cual se formularon, en Francia, como lo señaló Maurice Hauriou en 1927, al referirse a la noción de servicio público y a su escuela, tantos *omnis definitio periculosa*⁶ como fue necesario para mantener una dualidad de jurisdicción.

Pero los administrativistas ante todo resentían que el contrato administrativo dejara de estar regulado por el Derecho Público y pasara a ser regulado por el Derecho Civil. Por ello, Eduardo García de Enterría, en su conocido artículo sobre “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa” publicado en 1953, ante el abandono de la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la

3. BREWER-CARIAS, Allan R. "La evolución del concepto de contrato administrativo" en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica, Curso Internacional*, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 147 y siguientes, reproducido en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá 1986, pp. 61 a 90.

4. *Estudios de Derecho Administrativo*, cit., p. 90.

5. DUGUIT, L. *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., París, Tomo III p. 41.

6. HAURIOU, M. *Obra Escogida* ("El Poder Público y el Servicio Público", Prefacio a la 11ª edición (1927) del *Precis de Droit Administratif et de Droit Public Général*), Madrid 1976, p. 119.

Administración que adoptó en España el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de ese año, manifestó su posición, contraria en absoluto, a ello, por considerar que el Reglamento hacía “rigurosamente de todo contrato de la Administración, sin discriminar entre ellos, un contrato pura y simplemente privado... un caso más de la llamada actuación privada de la Administración”⁷. Sin embargo, luego constataba García de Enterría cómo en realidad, lo que contenía el Reglamento era la operación contraria, absolutamente inevitable, es decir, la

“extensión al supuesto tradicional de contratos puramente civiles de la Administración, de las reglas exorbitantes antes reducidas al supuesto de contratación propiamente administrativa; es decir, se ha logrado efectivamente la unificación que los redactores han pretendido de modo abierto, pero esta unificación ha sido a costa del contrato civil y por el rasero irreductible que las reglas del contrato administrativo ofrecían”⁸.

Y esto, y no otra cosa, es lo que cuarenta años después, ha ocurrido con razón en Colombia. La distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado, pilar del Decreto-Ley 222 de 1983, sin duda, progresivamente fue desdibujada por la inclusión en casi todos los contratos de la Administración de la cláusula de caducidad y, consecuentemente, el sometimiento de ambas modalidades contractuales a principios y normas de Derecho Público y a la competencia de la jurisdicción con-tencioso-administrativa⁹. Por ello, con razón, Rodrigo Escobar Gil señalaba en 1991 que:

“Existe en el ordenamiento de la Administración Pública una sola especie de contratos, que comprende íntegramente todos los contratos del Estado, que tiene una innegable base civil por su correspondencia con la categoría genérica del contrato, pero con profundas transformaciones *ius* administrativas que le dan unas características especiales”¹⁰.

Esta, en definitiva, es la tesis acogida en el nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que por lo demás sigue la orientación general del Derecho Administrativo contemporáneo, incluso en Francia. Basta para darse cuenta de ello repasar el artículo del Prosper Weil sobre “El criterio del contrato administrativo en crisis”, publicado en 1974¹¹, en el cual, al analizar los criterios jurisprudenciales del servicio público y de las cláusulas exorbitantes para calificar los contratos administrativos, que tanta influencia han tenido entre nosotros, y los esfuerzos propios de *Sisipo* realizados por el Consejo de Estado, concluía señalando ante el hecho de que el “criterio” de distinción no podría ser encontrado, que lo único que se podría desear en esta materia, es que “la jurisprudencia, al menos, aplique el criterio encontrado a todos los contratos concluidos en el marco de la acción administrativa”¹².

Bueno, esto, ni más ni menos, es lo que la Ley 80 de 1993 ha hecho: todos los contratos de la Administración están sometidos a un sólo régimen, en mi criterio de Derecho Público; por supuesto, el establecido en el Estatuto, lo que no excluye, como lo

7. GARCIA DE ENTERIA, Eduardo, "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativas, *Revista de Administración Pública*, N° 10, Madrid 1953, pp. 268, 270 y 271

8. *Idem*, p. 272.

9. Véase GARCIA GONZALEZ, Jorge, *loc. cit.*, pp. 22 y 23. Véase en sentido coincidente, aun cuando apreciamos que la noción de contrato administrativo no ha desaparecido, GUERRERO Myrian, *Estatuto de la contratación administrativa*, Bogotá 1994, pp. 86 y siguientes.

10. ESCOBAR GIL, Rodrigo. “La institución de los contratos de la Administración Pública”, en p. 352.

11. WEIL, Prosper. “Le critère du contrat administratif en crise” en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París 1974, Tomo 11, pp. 835 y siguientes.

12. *Idem*, p. 848.

expresa su artículo 13, que se rijan “por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

Es decir, es el Estatuto, que regula la universalidad de los contratos del Estado, el que remite al Derecho Comercial y Civil, salvo en las materias que él mismo regula, y en esta materia siempre hay que tener en cuenta como lo ha dicho Prosper Weil, que:

“El Derecho Privado aplicable a la acción administrativas e encuentra siempre teñido por la finalidad del interés general y reviste un cierto particularismo: no es jamás idéntico al que se aplica en las relaciones entre particulares”¹³.

Y en esto tampoco tenemos nada nuevo. Como lo ha aclarado el mismo Weil, la especialidad del Derecho Administrativo reside precisamente:

“En una amalgama de elementos de Derecho Público y de Derecho Privado, en dosis variables según las materias... Cualquiera que sea el órgano del que emane y los medios que utilice, la acción administrativa está sometida, desde el principio y totalmente, a un régimen jurídico especial que se llama Derecho Administrativo, cuyas reglas están más o menos alejadas de las reglas de Derecho que rigen las relaciones entre los particulares”¹⁴.

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, en consecuencia, todos los contratos de la Administración están sometidos siempre a un régimen jurídico unitario, de Derecho Público, con mayor o menor preponderancia, pudiendo regirse, también, conforme se convenga por normas del Derecho Privado pero siempre aplicadas con el particularismo que deriva del hecho de que uno de los contratantes es un ente público.

Con todo esto, como lo han dicho Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández:

“Puede darse por definitivamente liquidada la etapa anterior en la que el contrato administrativo y el contrato privado eran considerados como realidades radicalmente diferentes y rigurosamente separadas. En el ámbito de la contratación de los entes públicos, como en tantos otros, conviven ya sin escándalo el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. Cualquier contrato es capaz de reflejar elementos del uno y del otro, sin que por ello varíe la esencia del instituto contractual”¹⁵.

En todo caso, y por lo que al viejo concepto de contrato administrativo implicaba, conforme a la Ley 80 de 1993, en todos los contratos del Estado y no sólo en una pretendida categoría de ellos, las entidades estatales tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (Art. 14); y si bien se deja a la autonomía de la voluntad la inclusión en el texto del contrato de las cláusulas exorbitantes para que la Administración pueda interpretar, modificar y terminar unilateralmente los contratos, es evidente que conforme a los fines de la contratación administrativa colectiva, aun en casos en los cuales no se estipulen expresamente, habrá de presumirse su presencia, fundamentalmente porque dichas cláusulas lo que expresan son prerrogativas que generalmente tienen su fuente en la ley como manifestaciones del poder de acción unilateral de la Administración¹⁶. Por lo demás, todos los principios generales del derecho de la contratación administrativa, tan exactamente resumidos por Gustavo Humberto Rodríguez, han tenido consagración en

13. WEIL, Prosper. *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 81.

14. *Idem*, p. 82.

15. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Sexta Edición, Madrid 1993, pp. 666 y 667.

16. Véase BREWER-CARIAS, Allan R. *Estudios de Derecho Administrativo*, cit., pp. 83 y siguientes

la Ley 80 de 1993; así ha sucedido con los principios del equilibrio financiero; de la terminación unilateral; de la modificación unilateral; de la interpretación unilateral; de legalidad de los contratos; de la buena fe; de la subordinación del contratista y de su selección, y de la imprevisión¹⁷. A esos principios se agregan, ahora en forma expresa, “los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”, así como “los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo” (Art. 23).

En este campo, en todo caso, quisiéramos destacar las normas de rico contenido, y que marcan la conjunción del Derecho Público y del Derecho Privado en la contratación estatal. Por una parte, el artículo 27 referido a la ecuación contractual que dispone:

“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 la otra, el artículo 28 relativo a la interpretación de las reglas contractuales, que siempre debe tener “en consideración los fines y principios de que trata la ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos”.

II. EL SIGNIFICADO PARA LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL ABANDONO DE LA NOCION DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Pero además de establecer un régimen unitario con preponderancia variable del Derecho Público, la Ley 80 de 1993 le ha dado la estocada final a la figura del contrato administrativo, al disponer en su artículo 75 que “el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, será el de la jurisdicción contencioso-administrativa” (Art. 75).

Si lo que justificaba la noción de contrato administrativo era que estando vinculado a la actividad típica del órgano administrativo contratante, con elementos jurídico-administrativos más intensos que los de Derecho Privado de la Administración por ello estaban sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸; al atribuirse el conocimiento de absolutamente todos los contratos de la Administración, cualquiera sea su objeto y cualquiera sea la preponderancia que pueda tener en sus cláusulas, el Derecho Público o el Derecho Privado, a la jurisdicción contencioso-administrativa, en mi criterio, antes que una lesión al Derecho Administrativo, éste ha adquirido definitiva fortaleza y coherencia. ¿Qué más que constatar que ya no hay pretendidos contratos de Derecho Privado de la Administración, sustraídos al Derecho Administrativo y al conocimiento de los tribunales especiales en materia de Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo, así, adquiere su real contorno de Derecho relativo a la Administración del Estado, a su organización y funcionamiento; al ejercicio de la función administrativa; y a las relaciones entre la Administración y los particulares, cualesquiera que puedan ser las otras normas del ordenamiento jurídico que se les apliquen. Y consecuentemente, al someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias derivadas de todos los contratos estatales, ésta adquiere la connotación subjetiva de fuero judicial reservado a la

17. RODRIGUEZ, Gustavo Humberto, *Los principios generales del derecho en la contratación administrativa*, Bogotá 1989, pp. 34 y siguientes.

18. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *op.cit.* Tomo I, p.667.

Administración Pública y a su actividad. En la materia, por tanto, la consolidación del contencioso-administrativo y, por tanto, de Derecho Administrativo, puede considerarse como progresiva y definitiva. No hay que olvidar que antes del Decreto 528 de 1964, y conforme al régimen de la Ley 167 de 1941, las resoluciones administrativas que tuvieran origen en un contrato estatal estaban excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa. Fue, por tanto, en 1964, que el contencioso contractual originado por controversias derivadas de los contratos administrativos celebrados por las entidades públicas, se adscribió a la jurisdicción contencioso-administrativa, atribuyéndose a los tribunales de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los conflictos derivados de contratos de Derecho Privado de la Administración. Luego, el Decreto N° 222 de 1983, además de definir los contratos administrativos, también sometió a la jurisdicción contencioso-administrativa las controversias originadas de contratos de Derecho Privado de la Administración que incluyeran la cláusula de caducidad ¹⁹.

Toda esta progresión del Derecho Administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa se ha venido a completar ahora, con la Ley 80 de 1993, que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa toda la materia relativa a los contratos estatales, sea cual fuere su objeto, las cláusulas que contengan y la preponderancia o no de un determinado régimen jurídico, de Derecho Público o de Derecho Privado, que le sea aplicable. En nuestro criterio, esta unificación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en materia de contratos del Estado, con la eliminación definitiva del ordenamiento jurídico de la distinción entre contrato administrativo y contrato de Derecho Privado de la Administración, lejos de atentar contra nuestra disciplina o pretender privatizarla, lo que ha producido es su afianzamiento, respondiendo a la situación general que puede apreciarse en la materia, en el panorama jurídico contemporáneo.

19. BETANCOURT JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo. En concordancia con la nueva Constitución*, Medellín, 1993, pp. 47 y 578 y siguientes; 492 y siguientes.