

TEMA B. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA

CONSUELO SARRIA OLCOS

Decano de Jurisprudencia. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.

Me corresponde desarrollar en esta tarde el tema de los CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Y sabemos todos que este tema dentro del Derecho Administrativo es uno de los temas más medulares, y quizás por esta misma razón, uno de los más complejos e interesantes, tanto desde el punto de vista académico como desde el punto de vista práctico. Y es ésta quizás la razón por la cual los organizadores de esta jornada eligieron justamente este tema, de los Contratos Administrativos, cuando queremos hacer un análisis comparativo de algunos aspectos del Derecho colombiano y del Derecho venezolano. Y decimos que también es de interés académico porque como se ha sostenido, dentro de la doctrina del derecho administrativo, cuando se habla de contrato administrativo, pareciera que se está haciendo referencia a términos antiónicos, si se tiene en cuenta que el Concepto de Contrato, como punto de obligaciones, se fundamenta en la igualdad de las partes contratantes, en la autonomía de la voluntad y en el equilibrio de las prestaciones y obligaciones que de él surgen, mientras que en el campo administrativo, justamente cuando hacemos referencia a ese concepto administrativo, estamos pensando en que hay una desigualdad del particular enfrente de las prerrogativas propias del Estado, en que el Estado puede imponer decisiones, inclusive, unilateralmente a los particulares, de que hay siempre una primacía del interés público que es el interés del Estado, enfrente al interés individual o de los particulares y hay, entonces, que armonizar estos conceptos de contrato y administrativo y, de allí, resalta entonces la importancia desde el punto de vista académico de este tema de los contratos administrativos.

Por otra parte, si nosotros tomamos en cuenta que la figura del contrato está regida por el derecho civil, que es una disciplina mucho más estable, sedimentada, que sus instituciones permanecen en el tiempo, mientras que los aspectos de la administración pública están regulados por el derecho administrativo, que es un derecho cambiante, un derecho dinámico, que tiene que estar permanentemente respondiendo a la evolución misma del concepto de Estado, pues estamos en un punto que sin ninguna duda es de un gran interés desde el punto de vista académico.

Por otra parte, desde el punto de vista práctico, también tiene una gran importancia en la actualidad el contrato, porque aquella afirmación que alguna vez hizo Oto Mayo, en el sentido de que el Estado siempre manda unilateralmente, es una afirmación que en la actualidad ha perdido interés. Cuando el Estado no solamente manda, sino en algunas oportunidades comparte sus responsabilidades con los particulares, éstos colaboran con actividades que habían sido propias y exclusivas del Estado, y el Estado también realiza actividades que hasta hace relativamente poco tiempo se consideraban como propias y exclusivas de los particulares. El contrato surge entonces como un medio de colaboración a través del cual los particulares, por su propia voluntad, acuerdan con el Estado; desde luego, acuerdan no desinteresadamente, pero buscan a través de ese acuerdo colaborar con el Estado; es entonces un instrumento de colaboración, y vemos que en la actualidad, teniendo en cuenta el cúmulo de funciones administrativas a cargo del Estado y la diversidad de las mismas, el Contrato se ha convertido en uno de los instrumentos principales a través de los cuales el Estado puede lograr los fines que él predica, tomando en cuenta el momento histórico, político, sociológico y económico por el que está pasando.

Y así, muy rápidamente, he precisado la importancia desde el punto de vista académico y práctico del tema de los contratos administrativos; podemos afirmar que es entonces de permanente análisis, de estudio, de regulación, y en nuestro país así lo ha sido. Nosotros podemos mencionar diferentes antecedentes en el derecho colombiano, que nos permiten ver como el tema ha sido uno de los que permanentemente ha sido planteado con inquietud por nuestros juristas, en nuestra jurisprudencia y en nuestro legislador. El primer antecedente que se menciona con relación al tema de la contratación administrativa, y siempre se pone a la base de la evolución histórica de la materia, es el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, porque a partir de allí se ha considerado que el Estado puede contratar y, entonces, ese reconocimiento que se ha hecho entre nosotros en el año de 1887, que se le reconoce la capacidad jurídica, la personalidad jurídica al Estado, se plantea como un primer fundamento desde el punto de vista de la legislación positiva para la contratación del Estado. Como persona jurídica el Estado puede celebrar contratos, y de

allí van a surgir sus obligaciones en cuanto así luce este mecanismo para cumplir con los fines que le han sido asignados.

A través del tiempo y después de 1887, en Colombia ha habido algunos antecedentes aislados en materia de legislación positiva con relación al tema de los contratos administrativos, que solamente hasta el año de 1975 podemos decir nosotros que tenemos un Estatuto de la contratación administrativa.

Como antecedentes, y solamente para mencionar dos aspectos que quizás después nos sirvan de fundamento para hacer el análisis de la legislación vigente en este momento, tenemos que mencionar antecedentes como el previsto en el Código Fiscal Nacional que estableció la necesidad, la obligatoriedad para el Estado, de pactar la denominada cláusula de caducidad, aquella por la cual el Estado puede dar por terminado unilateralmente un contrato, obligatoriamente tenía que pactarlo de acuerdo con el Código Fiscal en sus contratos de obra pública y en los contratos de prestación de servicio. En otras normas diferentes del Código Fiscal, y en otras oportunidades, también se establecieron otros antecedentes aislados, como por ejemplo, que para la celebración de contratos, de adquisición de materiales y prestación de servicios, se requería un trámite especial, un trámite de la licitación pública. Pero como así es, podemos notarlo, solamente se trata de medidas aisladas, de normas que van quizás estableciendo unos ligeros aspectos en la legislación positiva, que posteriormente se pueden tener en cuenta ya de la expedición de un estatuto completo sobre la materia.

Un antecedente importante que es necesario mencionar en este tema de los contratos administrativos dentro de la evolución positiva colombiana, está en las leyes de 1964-1966, en donde se regularon íntegramente los contratos de obras públicas y de interventoría, y vale la pena mencionarlo, porque como ustedes saben el contrato de obras públicas, es el único contrato que hoy lo calificamos como administrativo. Por otra parte, y ya como consecuencia de estos primeros antecedentes que se planteaban en la legislación positiva, en la reforma que se hizo en el año de 1964, en la cual se repartieron las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y concretamente entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en esa oportunidad se estableció que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativo, es conocer de todas aquellas controversias que surgieran en razón de contratos administrativos; es un aspecto fundamental porque la legislación positiva por primera vez utiliza el término Contratos Administrativos; sin embargo no estableció criterios de distinción, de cuándo un contrato debe calificarse como administrativo para que, como consecuencia de ello, fueran de competencia las controversias que en razón de él surgieran de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ésa fue labor que después del año 64 ha venido desarrollando la jurisprudencia nacional.

Y, entonces, tenemos fundamentalmente estos antecedentes que posteriormente llevan a que en el año de 1975, utilizando la figura que varios de los profesores que me han antecedido en el uso de la palabra han mencionado. De las facultades extraordinarias que puede conceder el Congreso al Ejecutivo para el ejercicio de un tiempo determinado, de precisas funciones que corresponden al legislador, se expidió el primer estatuto de la contratación administrativa que ha tenido Colombia, estatuto que tuvo una vigencia corta, porque en el ejercicio de las mismas facultades concedidas por la Ley, porque éstas habían vencido en un tiempo, se recogieron algunas inquietudes, se recogieron algunas sugerencias, una experiencia corta y ya expidió un nuevo estatuto en el año de 1976, Estatuto que rigió hasta el presente año, cuando en febrero de 1983 se expidió el Estatuto que actualmente rige la contratación administrativa entre nosotros.

Pero éstos son así, a grandes rasgos, los antecedentes, dijéramos, de la legislación positiva que nos lleva a ubicarnos ya en lo que existe actualmente con relación al tema de los contratos administrativos. Obviamente, ante la imposibilidad de analizar en detalle todo el Estatuto, que tiene 300 artículos, solamente vamos a mencionar los fundamentales, que consideramos con relación al tema de la contratación colectiva y que nos permiten realmente formarnos una idea de cuál es el tratamiento, así a grandes rasgos, que ha dado entre nosotros la legislación positiva y, obviamente, también haciendo referencia a la concepción en general (teórica, doctrinaria y jurisprudencial) con relación al tema del Contrato Administrativo en Colombia.

Sólo de primero precisar que en Colombia, de acuerdo con lo que hemos mencionado y con estos antecedentes de la legislación positiva, podemos afirmar que se ha seguido en este tema muy de cerca a la doctrina francesa, y en este sentido lo primero que hay que dejar muy en claro es que en Colombia se acepta que el Estado contrate, porque, ¿saben ustedes? hay algunas vertientes doctrinarias que no aceptan la posibilidad del contrato administrativo en la medida en que, por ejemplo la doctrina alemana, también la doctrina italiana y de alguna manera también la anglosajona, considera que realmente el Estado decide por sí y ante sí, y que no utiliza el contrato como instrumento para el logro de las finalidades que le han sido asignadas. En Colombia se sigue fundamentalmente la doctrina francesa, que sí acepta el contrato como el instrumento utilizado por el Estado.

Pero, aceptada la figura contractual de la administración, es del interés hacer referencia en primer término al tema de la clasificación de los contratos que puede celebrar la Administración. Partimos de la base que la Administración contrata, pero es necesario precisar qué clase de contratos puede celebrar la administración. Y sabemos también que en este tema de las clasificaciones

se pueden seguir diversos criterios, diversos factores que nos permitan establecer diferentes clasificaciones; si nosotros tenemos en cuenta el objeto del contrato que celebre la Administración, podremos establecer una determinada clasificación. Si tomamos en cuenta la naturaleza de las entidades que lo celebran, podremos llegar a otras clasificaciones distintas del contrato administrativo, y tomamos en cuenta los trámites previos que se deben realizar para la celebración de un contrato, estaremos ante otra clasificación totalmente diferente. Pero realmente, pienso que no es, que no son estos aspectos los más importantes, y por eso me referiré solamente a una de las clasificaciones de los contratos administrativos que es la de mayor controversia, la de mayor elaboración, tanto desde el punto de vista doctrinario, y como lo vamos a mencionar un poco más adelante, desde el punto de vista de la legislación positiva, y ya ustedes se estarán imaginando que la clasificación a la que voy a hacer referencia, es la de Contratos Administrativos y de Contratos de Derecho Privado de la Administración.

Con relación a este tema del Contrato Administrativo, aceptada la figura de la contratación por parte del Estado y precisada esta posibilidad de clasificarlos en contratos de administración y contratos de derecho privado de la administración, es necesario en primer término, que para que pueda hablarse de contratos administrativos se presuponen dos instituciones fundamentales, la asistencia de un juez especial que conozca de las controversias que surjan de esos contratos celebrados por la Administración y la existencia también de unos principios propios que formen el contrato administrativo, y que sean los principios que van a aplicar los jueces cuando se trate de resolver controversias planteadas por contratos administrativos. Son instituciones fundamentales previas a la existencia misma del contrato administrativo.

Pero planteado así el tema de la clasificación en contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, tenemos que precisar cuáles son los criterios para establecer la misma distinción, y en esta materia la doctrina no ha sido pacífica; en Colombia, en alguna oportunidad el Consejo de Estado al resolver una consulta en su ejercicio de Asesor del Gobierno, planteó la existencia de nuevos criterios para establecer cuando un contrato es administrativo y cuando es de los que se denominan de derecho privado de la administración, y ven ustedes la necesidad de elaborar tantos criterios; quizás sea por esto que la decisión no es simple, no es fácil. De todas maneras en Colombia se ha utilizado el criterio de la finalidad, que algo tiene que ver con la teoría de Servicio Público, del que hablaba esta mañana el profesor Vidal Perdomo cuando decía que esta teoría había servido de fundamento alrededor de la cual habían girado todas las instituciones del Derecho Administrativo, y entre ellas, el Contrato. Se planteaba él, si el Contrato tiene unas finalidades de servicio público,

será administrativo, y si no será un contrato de derecho privado de la administración.

Pero, obviamente, al hacer crisis la teoría del servicio público como lo veíamos esta mañana, también el criterio dejó de ser válido para la distinción de contratos administrativos, en la medida en que, como lo comentábamos hace un momento, los particulares también entraban a colaborar con el Estado en la prestación de servicios públicos, y el Estado no solamente tiene a su cargo servicios públicos.

Otro criterio que también se ha utilizado es el del objeto del contrato. Si el contenido del Contrato hace referencia a actividades que son exclusivas de la Administración, respecto a los cuales no hay posibilidades que los particulares pacten porque son funciones propias del Estado, pues allí se estará ante un contrato administrativo.

Otro criterio es el de las cláusulas; si el Contrato tiene cláusulas de servicio exorbitantes será administrativo; si no las contiene será de derecho privado de la administración.

Otro criterio es que la Ley lo define; si hay una norma o una legislación positiva que dice éste es un contrato administrativo, se estará aplicando allí el criterio de la definición legal, los trámites que se deban realizar, las partes que intervengan en los contratos, son otros de los criterios que también se han utilizado para este fin.

En Colombia se ha utilizado el criterio de la finalidad, el criterio fundamentalmente de las cláusulas que deban tener los contratos para establecer si se trata de un contrato o no. Pero actualmente, siguiendo en buena parte la doctrina argentina y la doctrina española, se está dejando ese criterio de las cláusulas de caducidad, y se está acogiendo, fundamentalmente, el criterio del objeto. Porque en la medida en que el contrato tiene un objeto que le es propio al Estado, y exclusivo del Estado, será allí cuando surja la necesidad de pactar cláusulas exorbitantes que le permitan al Estado lograr el objetivo propuesto, o sea, que el contrato es administrativo por su objeto, porque es administrativo incluir las cláusulas exorbitantes, no porque incluya cláusulas exorbitantes es un contrato administrativo.

De todas maneras el tema de la dualidad de los contratos de la administración, en Colombia ha sido aceptado; nos encontramos con sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 1935 y 1938, en donde se habla de los contratos civiles y los contratos de la Administración, contratos civiles celebrados por la Administración, que equivaldrían a lo que hoy se denomina contratos de derecho privado de la administración, y en esos contratos se establecía la distinción, fundamentalmente, entre civiles y administrativos, y se incluía o no la cláusula

de caducidad que mencionábamos que autorizaba para determinados contratos en el Código Fiscal, que citábamos como un antecedente. Pero noten ustedes, que en el año 1935 ó 38 no existían los presupuestos que citaba hace un momento, de que existiera un Juez especial y unos principios propios que regularan la figura del contrato administrativo, porque ahora la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo Tribunal dentro de la Justicia ordinaria en Colombia, la que estaba resolviendo sobre los contratos administrativos, y tampoco había principios propios aplicables a esos contratos que la Corte denominaba contratos administrativos. Con relación entonces con esta dualidad de criterios, vemos también una confirmación en la legislación positiva, además de este antecedente judicial de la Corte Suprema de Justicia en el año 1964, en el antecedente que ya citábamos de la Reforma Judicial de ese año, cuando se repartieron competencia entre la jurisdicción contencioso y la jurisdicción ordinaria. Y al fin se encontró también la aceptación de la dualidad de contratos en otras normas, y en los estatutos que citábamos en 1975, que estuvo muy poco tiempo en vigencia, y el año 76, y llegamos a la legislación actual. En ésta la clasificación cobra aún mayor interés, porque en el año de 1982 fue expedida la Ley 19 de ese año, ley que nuevamente utiliza la figura de las autorizaciones del legislador al Ejecutivo, específicamente para este tema de contratación administrativa, y Ley que no solamente da autorizaciones sino que, por primera vez, se establecen en dicha Ley la norma de los principios que deben regir en los Contratos Administrativos.

De esta Ley, a título informativo, fue ponente en su carácter de parlamentario el profesor Vidal Perdomo.

Con relación a esta Ley tenemos que mencionar cómo consagra por primera vez en la legislación positiva colombiana expresamente la dualidad de contratos y define qué se debe entender por un contrato administrativo y habla también, expresamente, de los denominados contratos de derecho privado de la administración. El artículo 1º de la ley dice que son contratos administrativos, además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que la misma ley concede, los siguientes, y hace una enumeración de contratos como el de obra pública, prestación de servicios, concesión, suministros, explotación de bienes del Estado, empréstitos, etc.; hace entonces una enumeración de determinados contratos que más adelante entra, también por primera vez, en la legislación positiva a definirlos, y agrega una norma que estos contratos define como administrativos, están sometidos a los principios de interpretación por parte de la administración, y determinación que ella ordene, bien por conveniencia del contrato o por incumplimiento del mismo por parte del contratista, mediante resolución motivada; es decir, que la ley establece el concepto de contratos administrativos, e inmediatamente a continuación establece los principios

propios y especiales que van a regir esos contratos que está calificando como administrativos.

Por otra parte, y continuando con esta diferenciación, el artículo 3º de la ley dice que en los contratos de Derecho Privado de la Administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la producción de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo, salvo las excepciones que se deriven de esta ley, o sea, que consagra también la existencia de los contratos de Derecho Privado de la administración, con la posibilidad de que en la tramitación de esos contratos de Derecho Privado de la administración se despidan actos de carácter administrativos que estarán sometidos a las normas de los actos administrativos, en los términos en que se regula el procedimiento gubernativo en nuestra legislación positiva, y entonces tenemos que esta ley, como consecuencia de establecer esta diferenciación de contratos, de establecer sus diferentes principios que lo informan, también previo lo relacionado con el juez competente que iba a conocer de las controversias que surgieran de esas diferentes clases de contratos, y en el artículo 4º, inmediatamente a continuación, la ley dice que serán de conocimiento de la justicia Contencioso Administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos, y de aquellos en los cuales se haya pactado la cláusula de caducidad, de la ordinaria los demás. Es la previsión expresa de la ley que nos está consagrando el otro presupuesto que planteábamos hace un momento, cuando decíamos que para hablar de un contrato administrativo, para hacer referencia a esta diferenciación, esta clasificación, era necesario hablar en primer término de un juez especial que conociera de las controversias, y por otra parte de unos principios específicos que regularan la figura del contrato administrativo.

De acuerdo con estos principios, con estas normas de carácter general que estableció directamente la ley, el legislador extraordinario, el Ejecutivo, expidió el Decreto 222 de 1983, que es el actual estatuto de la contratación administrativa y, obviamente, en él se desarrollan estos principios fundamentales que hemos mencionado. En el Decreto 222 se vuelve a insistir sobre la diferente clasificación de los contratos que celebra la administración, y también en uno de sus artículos se hace una enumeración de cuáles contratos son contratos administrativos, y también en la misma norma se establece que son contratos de Derecho Privado de la Administración los demás, o sea, se está en cierta forma acogiendo el criterio de la definición legal, el estatuto dice: éstos son contratos administrativos, los demás son contratos de Derecho Privado de la Administración. Esa es la situación de nuestra legislación vigente, legislación que por lo demás ha sido objeto de duras críticas y de una gran controversia, tanto desde el punto de vista doctrinario, como desde el punto de vista jurisprudencial. Controversia que ha surgido fundamentalmente porque cuando ya se están

cuestionando, inclusive desde el punto de vista puramente teórico y doctrinario, la clasificación entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración, críticas que como lo anotaba el profesor Brewer-Carías, ya se las habíamos oído a él en Bogotá desde 1978; viene nuestra legislación positiva y en el año 83 consagra la distinción, pero no solamente se plantea un poco la crítica desde ese punto de vista, si cuando ya la doctrina está evolucionando para unificar ese concepto y acabar con esta clasificación y entre nosotros se consagra, sino además por el tratamiento mismo que se le dió en estas normas que estamos mencionando, porque nosotros apenas hemos enunciado la distinción y las consecuencias que se le dan a la distinción, contratos administrativos, contratos de Derecho Privado de la Administración, sometidos los contratos administrativos a unos principios propios y unos jueces que van a ser competentes para conocer de las controversias que surjan en relación a los contratos de la administración. Pero la situación se va complicando con esta legislación, porque no solamente establece esa clasificación que ya en algunos sectores se está dejando de lado, sino porque además al establecerla no mantiene una unidad de criterio, lo que hace que en determinados aspectos se cree una situación confusa, y en este sentido podemos comentar como, luego de que las normas establecen un contrato administrativo y un contrato de Derecho Privado de la Administración, contrato administrativo que tiene unas cláusulas, entre ellas la de caducidad, contrato que se somete a unos principios y que en sus controversias será de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y contratos de Derecho Privado de la Administración, que no están sometidos, en principio, a esos principios especiales y que son en sus controversias de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se viene a establecer en el artículo 17 del mismo decreto del estatuto de la contratación administrativa, que la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativo. Hasta allí está claro, pero agrega, los que se susciten con ocasión de los contratos de Derecho Privado serán de conocimiento de la justicia ordinaria. No obstante, la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de Derecho Privado, en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad. Entonces la clasificación se venía consagrando en la legislación, con unas consecuencias claras, la de los jueces especiales, la de los principios especiales también para los contratos administrativos, y acá empieza a desdibujarse, porque hay contratos de derecho privado de la administración en los cuales se incluye la cláusula de caducidad, y si se incluye la cláusula de caducidad el contrato administrativo en sus controversias no irá a la jurisdicción ordinaria, sino a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero además, cuando en el contrato de Derecho Privado de la Administración se incluya la cláusula de caducidad, otro artículo del mismo estatuto establece

que, además de la cláusula de caducidad en esos contratos de Derecho Privado, se tendrán que incluir las cláusulas de los principios especiales que se prevén en el estatuto para los contratos administrativos. Entonces, pareciera que en un contrato de Derecho Privado de la Administración, por el hecho de incluir la cláusula de caducidad, se convierte automáticamente en administrativo y entonces se está borrando la distinción, la clasificación, que es el gran avance de la legislación en esta ley y en este estatuto de la contratación administrativa.

Quizás ésto se ha presentado porque no se utilizó un criterio unificado en la expedición de estas normas, y ésto lo podemos ver si nosotros analizamos algunos aspectos fundamentales de los contratos. Cuando tratamos de hacer referencia a los criterios, y lo hicimos así muy rápidamente, de diferenciación entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración, veíamos que uno de los criterios es el de la formación del contrato, y hay aspectos que son fundamentalmente de carácter público, como los trámites previos para la escogencia del contratista, el fenómeno de la licitación es un fenómeno propio del contrato administrativo. Pues bien, en el mismo estatuto, cuando se hace referencia al fenómeno de la licitación como mecanismo para la escogencia del contratista, se establece que deben cumplirlo tanto los contratos administrativos como los de Derecho Privado de la Administración, pero se establecen unas excepciones y, obviamente, si se ha dicho que lo deben cumplir tanto los administrativos como los de Derecho Privado de la Administración, al establecer excepciones, también se hace referencia para exceptuar de ese trámite a contratos que son típicamente administrativos, como el de empréstito, como el de concesión y a contratos que serían, porque no están enumerados en la legislación, serían contratos de Derecho Privado de la Administración para exceptuarlos del trámite de la licitación. O sea, que uno de los criterios de la formación del contrato que serviría para calificar al contrato como típicamente administrativo, se estableció obligatorio para las dos clases y se exceptúa también en contratos tanto administrativos, como de Derecho Privado de la Administración. Por otra parte, con relación a las cláusulas que contenga el contrato, que es otro de los criterios que citábamos para establecer la distinción, también hay un tratamiento un poco confuso en esta norma, en la medida que, por ejemplo, con relación a la cláusula de caducidad, que es una de las cláusulas de forzosa intención en todo contrato, se establece que no se necesitará, no es obligatoria la inclusión en un contrato de compra-venta de bienes muebles, que no es un contrato administrativo de los enumerados por la legislación como tal, y por otra parte también se establece que no se debe incluir la cláusula de caducidad, en contratos como el de empréstito o en los contratos interadministrativos que son contratos típicamente administrativos. Entonces tampoco se le dio un tratamiento unificado con relación al criterio de

las cláusulas, para distinguir un contrato como administrativo o como de Derecho Privado de la Administración. Tampoco en materia del criterio del juez competente para resolver las controversias, aparece un tratamiento único en la norma, y en esta materia, de acuerdo con las normas que se prevén al respecto, el juez competente para conocer de las controversias que surjan en razón de contratos administrativos, será la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si se trata de contratos de Derecho Privado de la Administración, será la jurisdicción ordinaria, pero si se trata de contratos de Derecho Privado con cláusula de caducidad, será la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y si se trata de actos administrativos que pueden expedirse cuando se esté tramitando un contrato de Derecho Privado de la Administración, será de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Como ustedes ven, en nuestra legislación se quiso acoger la clasificación, consagrar, y realmente fue por primera vez que se hizo, porque antes no se había previsto en esta forma, la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración. Pero si bien se estableció esa clasificación, en sus consecuencias no se establecieron claramente, ni la diferenciación en razón de los principios, ni la diferenciación en razón del juez competente para conocer de ellos, porque por el solo hecho de que un contrato que no es definido por el estatuto como el contrato administrativo, incluya la cláusula de caducidad, se convertirá en administrativo, para los efectos, desde el punto de vista jurídico.

Dentro de este estatuto, además de estos comentarios con relación a la clasificación de los contratos, vale la pena también mencionar algunos comentarios con relación a los principios especiales que se previeron, para los contratos administrativos y que ya hemos visto también se aplicarán a los de Derecho Privado si en ellos se incluye la cláusula de caducidad. Y fundamentalmente de acuerdo con la Ley de Autorizaciones, porque también previó lo relacionado con los principios y con el estatuto de la contratación administrativa, los principios nuevos que se consagraron en la legislación positiva para que regulen el contrato administrativo, hacen referencia a la terminación unilateral por parte de la administración, a la posibilidad que tiene la administración de modificar también unilateralmente el contrato, y también a la figura de la interpretación unilateral de los contratos como competencia propia de las autoridades administrativas.

El principio de la terminación unilateral de los contratos, hace referencia a la facultad que tiene la administración para terminar unilateralmente un contrato, cuando sea inconveniente para el interés público y la misma norma hace referencia a que esa inconveniencia para el interés público, debe surgir por motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato, y la norma prevé que

esos motivos posteriores deben ser o de orden público o de coyuntura económica, términos que han sido realmente controvertidos porque como ustedes ven, son quizás demasiado amplios para establecer una competencia de la administración de poder terminar unilateralmente un contrato. En la medida en que por ejemplo entre nosotros opera la figura, que también se ha mencionado acá, de la emergencia económica, pudiéramos preguntarnos si siempre que haya una declaratoria de emergencia económica en los términos del artículo 122 de nuestra Constitución Nacional, podrá hablarse de que hay una coyuntura económica que hace que un contrato sea inconveniente por razones de interés público, y por motivos que se presentaron después de su perfeccionamiento y pueda entonces la administración terminar unilateralmente invocando ese problema de orden económico, si está declarada la emergencia económica en el país. El mecanismo fundamental para ordenar esa terminación unilateral, es el de una resolución por parte de la administración, resolución que debe ser motivada y previamente consultada al Consejo de Ministros, resolución contra la cual procede el recurso de reposición y expresamente la norma prevé que puede ser demandable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ante esta posibilidad de demanda, surge inmediatamente el cuestionamiento de hasta dónde van a llegar los poderes del juez que juzgue la legalidad o ilegalidad de esa resolución que da por terminado unilateralmente un contrato, si va a entrar, va a poder entrar a establecer si realmente hubo o no los motivos, o si simplemente se trata de un control jurídico formal. Vale la pena resaltar que en esta figura de la terminación unilateral, aparece como situación importante dentro de sus previsiones, la de que se consagra la posibilidad de que se indemnice directamente por parte de la administración, al particular contratista a quien se le da por terminado unilateralmente el contrato, esto tiene la ventaja de que va a evitar el que el particular acuda a reclamar esa indemnización por la vía jurisdiccional, pero este punto ya ha sido controvertido en nuestro país desde el punto de vista constitucional, en la medida en que está directamente la norma reconociendo la indemnización.

El segundo principio fundamental de los contratos administrativos previsto en este estatuto, hace referencia a la modificación unilateral, y esa modificación unilateral está consagrada en los siguientes términos en la norma: cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas: no podrán modificarse la clase y objeto del contrato, deben mantenerse las condiciones técnicas para su ejecución, deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista y debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes. Son los límites a este principio, a esta posibilidad que se le da a la administración de poder modificar unilateralmente un contrato. El procedimiento en buena

parte reconoce los derechos del contratista, e inicialmente esa modificación trata de que sea de común acuerdo. Si el particular no acepta los términos de la modificación propuesta por la administración, se procederá a la modificación unilateral y el procedimiento es similar al que mencionábamos anteriormente, a través de una resolución motivada respecto de la cual procede el recurso de reposición, y que debe expedirse previa consulta del Consejo de Ministros y que es demandable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con relación a esta figura de la modificación unilateral, las normas establecen algunos casos de excepción y es en los convenios interadministrativos, es decir en los que se celebran las diferentes entidades de la administración y en los que celebran instituciones financieras internacionales de carácter público, o entidades gubernamentales de crédito extranjeras y organismos internacionales. Por último, dentro de estos principios, la legislación previó la figura de la interpretación unilateral por parte de la administración para los contratos administrativos y se establece que cuando surgieren discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas de un contrato, que puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo, la entidad convocará al contratista y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del contrato. Se hará un acta con los resultados de la reunión, y si no existiere un acuerdo, la entidad pública señalará la forma como el contrato debe continuar y ser ejecutado mediante resolución motivada que se notificará en los términos que nuestra legislación positiva establece para la notificación de actos administrativos.

Vale la pena mencionar, con relación a esta figura, de la interpretación unilateral, que si en el contrato se ha previsto la posibilidad de un arbitramento, necesariamente antes de ir al arbitramento hay que aplicar esta posibilidad de que la Administración interprete unilateralmente el contrato. Y así tenemos planteados los principios fundamentales que rigen con relación a los contratos administrativos. Principios que se aplicarán también a los contratos de Derecho Privado de la Administración si en ellos se incluye la cláusula de caducidad.

Estos son los aspectos fundamentales que reguló el Estatuto a la Contratación Administrativa y la Ley en virtud de la cual se expidió y que nos permite ubicarnos justamente en la clasificación más importante que puede plantearse con relación a los contratos que celebra la Administración. Obviamente que este Estatuto, además de estos aspectos que son los fundamentales, regula íntegramente la materia, hace referencia a temas de la capacidad para contratar, régimen de inhabilidades, de incompatibilidades, cláusulas obligatorias, nulidades, normas para determinadas entidades, y vale la pena mencionar cómo trae todo un capítulo de protección a la industria y al trabajo nacionales, que también se

consagró en este Estatuto para que se tuviera en cuenta necesariamente en los contratos que celebre la Administración.

Finalmente, vale la pena mencionar un último aspecto que puede ser de algún interés, y es el relativo con las entidades territoriales que en Colombia realizan el fenómeno de la descentralización territorial. De acuerdo con lo que ya se ha dicho en esta Mesa, en Colombia existe un régimen unitario desde el punto de vista político, pero se consagra la descentralización administrativa, tanto la descentralización territorial como la descentralización por servicios, y en lo que hace referencia a la descentralización territorial, encontramos la existencia de los Departamentos y los Municipios, Departamentos y Municipios, que en virtud de la misma Ley de 1887, que le reconoció la personalidad jurídica a la Nación, se la reconoce también a los Departamentos y a los Municipios, y entonces podemos preguntarnos si hemos aceptado la posibilidad de que las personas jurídicas como la Nación contraten, también lo podrán hacer los Departamentos y los Municipios, y podemos preguntarnos también, si este Estatuto se aplica a esas entidades o cuál es la regulación en esta materia.

Con relación a este tema, nuestra Constitución, a esas entidades descentralizadas territorialmente, les reconoce un buen grado de autonomía administrativa y es por eso que el artículo 5º de la Ley de Autorizaciones en esta materia de contratación, estableció que en materia relacionada con la formación y adjudicación de los contratos de los Departamentos y de los Municipios, en razón de su autonomía, no se regirían por este Estatuto que hemos comentado, en cambio, en materia relacionada con los tipos de contrato, la clasificación de los mismos, sus efectos, la responsabilidad contractual y la terminación de los contratos, son temas que están regulados a nivel legal y entonces, en materia de contratación de los Departamentos y de los Municipios, vamos a encontrar que hay algunos aspectos. Estos últimos que hemos anotado que corresponden en su regulación al legislador, y en este caso el legislador ejerció sus funciones a través del Estatuto de la contratación administrativa; en cambio, el tema relacionado con la formación y la adjudicación del contrato aparece la autonomía de los Departamentos y los Municipios, y en esos aspectos fundamentales para ellos, en la medida en que a través de la formación y adjudicación del contrato tendrá en cuenta sus propios intereses y las necesidades de los servicios regionales y locales corresponde a las autoridades departamentales y municipales la regulación de esas materias específicas.

Así dejo planteado el tema de los contratos administrativos en nuestra legislación colombiana, haciendo referencia solamente, por razones del tiempo a los aspectos fundamentales que espero les permitan tener a ustedes la visión panorámica del régimen de los contratos administrativos en Colombia.

Muchas gracias.