

## CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS PRINCIPALES CONTRATOS PÚBLICOS E INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DERIVADOS DE SU EJECUCIÓN

La Ley 80 de 1993 no determina taxativamente los tipos de contratos, por lo que la Administración puede celebrar contratos innominados, pero sujetos al Estatuto Contractual. Esta Ley define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública; en todos los demás casos, el operador jurídico de los contratos deberá remitirse al derecho privado, a las disposiciones especiales sobre contratos y a las normas que regulen actos jurídicos generadores de obligaciones o que permitan la autonomía de la voluntad.

Esta norma delimita los contratos estatales como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en la ley. Expresa que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades sometidas a la aplicación del Estatuto de contratación estatal,<sup>168</sup> así como:

- a) Los contratos de obra: son los que el Estado celebra por medio de sus entidades con la finalidad de construir, mantener, instalar y, en general, para

.....  
<sup>168</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32.

desempeñar cualquier otro trabajo sobre bienes inmuebles, sin importar la modalidad de ejecución o la forma de pago.

**b) Contrato de consultoría:**

Son contratos de consultoría los que celebren las Entidades Estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.<sup>169</sup>

**c) Contrato de prestación de servicios:** tienen como propósito desarrollar las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad contratante. Solo es posible celebrarlos con personas naturales para el cumplimiento de funciones que no pertenezcan al personal de planta o requieran conocimientos especializados.

**d) Concesión:**

Son contratos de concesión los que celebran las Entidades Estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.<sup>170</sup>

**e) Encargo fiduciario y fiducia pública:**

[...] los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las Entidades Estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso

169 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 2.

170 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 4.

las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las Entidades Estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias [...].<sup>171</sup>

## Obra pública

El contrato de obra pública genera dos conceptos jurídicos que, si bien guardan relación, son distintos: “obra pública” y “trabajo público”. La segunda categoría abarca:

a. los trabajos realizados directamente por la administración, b. los trabajos realizados por particulares mediante contratos de concesión de obra pública, c. los trabajos realizados por particulares mediante sistemas mixtos tales como el de “dirección interesada”, d. los trabajos realizados por particulares mediante contratos de obra pública con la administración.<sup>172</sup>

La primera acepción se refiere a una cosa y la segunda, a la especie del contrato público. Más allá de esta distinción existe una serie de diferencias importantes: 1) una obra pública no es necesariamente el resultado de un contrato de obra pública; 2) no todo contrato de obra pública está encaminado a la creación de una obra pública, y 3) no todos los contratos de obra pública encaminados a la construcción de una obra pública tienen como resultado la consecución de la misma.<sup>173</sup>

De acuerdo con su forma de pago se clasifican en unitarios y por precio global. Este último alude a:

[...] aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención

171 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 5.

172 Agustín Gordillo, “Obra pública y contrato de obra pública”, *Lecciones y ensayos*, núm. 32 (1966): 45.

173 La definición más asociada con el vocablo de obra pública es aquella según la cual: “1) Se trata de una cosa mueble o inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre (por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza), 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general”. Gordillo, “Obra pública y contrato de obra pública”, 48.

de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.<sup>174</sup>

Según la forma de pago del contrato de obra se puede clasificar así:

1. Contrato de obra por precio global o precio alzado: en este tipo contractual quedan incluidos todos los costos en los que deba incurrir el contratista para la ejecución de la obra.

Las principales consecuencias del contrato de obra a precio global fijo son las siguientes:

- El precio del contrato es fijo, lo cual significa que no es susceptible de modificarse, salvo que por circunstancias extrañas a las partes se justifique la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades mediante la suscripción de un contrato adicional que modifique el precio pactado.
- Se estipula de manera precisa el valor exacto que debe pagarse por la ejecución de la obra.
- Cualquier error, omisión o inexactitud en los estudios y cálculos previos de la obra puede implicar complicaciones serias en su desarrollo.
- Se requieren diseños previos aprobados por la entidad pública contratante.

174 Colombia, Consejo de Estado, *Radicalo 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)*, *Sentencia de 31 de agosto de 2011*.

- Al contratista se le traslada la responsabilidad de la ejecución de la obra y es él quien asume el riesgo de la construcción, por cuanto en el precio se incluyen todos los costos directos e indirectos en los que deba incurrir por la ejecución del contrato.
2. Contrato de obra por precios unitarios: en él las partes establecen el costo por unidad de cada uno de los conceptos o ítems de la obra. Con base en este valor, las partes definen la estimación inicial de la obra, pero el valor real es el que corresponde a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas efectivamente por el precio de cada unidad.

El contrato de obra a precios unitarios supone varios aspectos:

- Durante la ejecución del contrato se presenta la posibilidad de revisar su valor final.
  - En la mayoría de los casos no coincide el valor pactado con el final.
  - El contratista no podrá facturar lo que no haya ejecutado, pues se le paga lo que realmente haya llevado a cabo.
  - La entidad asume el riesgo de la construcción.
3. Contrato de obra por administración delegada: el contratista ejecuta las obras con los fondos que le suministra la entidad contratante y por eso recibe remuneración u honorarios. Esto quiere decir que el contratista hace las inversiones necesarias con los recursos públicos, pero está obligado a rendir cuentas a la entidad; sus utilidades consistirán en una suma fija preestablecida o en un porcentaje o índice sobre el monto total de la inversión.

El contrato por administración delegada conlleva la procedencia de la subcontratación, pero el subcontratista no responde ante la entidad por el cumplimiento del contrato, pues lo hace el administrador delegado.

Frente a las modalidades de selección procedentes para la celebración de un contrato de obra pública se tiene que es posible acudir a la licitación pública, en tanto regla general para la celebración de los contratos de la Administración; a la selección abreviada, siempre y cuando se trate de menor cuantía o se presente reserva en el caso del sector defensa y seguridad nacional; a la contratación directa en los casos de reserva

taxativamente establecidos en la ley; por último, a la mínima cuantía cuando se cumplan sus presupuestos económicos.<sup>175</sup>

El contrato de obra pública implica un control a la calidad de su ejecución, el cual se inserta mediante la cláusula explícita de obligaciones contractuales, la cláusula de interventoría o supervisión y de las cláusulas de penalidad.<sup>176</sup>

### Contrato de concesión

En concordancia con lo regulado normativamente por el Artículo 4 de la Ley 80 de 1993, se entiende por contrato de concesión aquel mediante el cual la Administración otorga a un concesionario:

[La] prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.<sup>177</sup>

#### El Consejo de Estado afirma en torno a este:

De tal forma, para efectos jurídicos, el término concesión tiene al menos dos significados: como contrato propiamente dicho y como autorización o permiso. En el primer caso, hace referencia a aquellas modalidades de concesión que han sido tipificadas como contrato por la misma ley 80 de 1993, o por otras disposiciones legales, por ejemplo, concesión minera, concesión petrolera, concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes, concesión de servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional, concesión en contratos de aseo, concesión de las riberas de los ríos, concesión de servicios de radiodifusión sonora, etc. En el segundo caso, el vocablo “concesión” dentro de un texto, incluso legal, puede significar la autoriza-

175 Colombia compra eficiente, “Guía para procesos de contratación de obra pública”, [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/guia\\_obra\\_publica\\_espdis.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_obra_publica_espdis.pdf) (acceso octubre 15, 2017).

176 Colombia compra eficiente, “Guía para procesos de contratación de obra pública”.

177 Arnaldo Mendoza Torres, “Los contratos de concesión”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, núm. 20 (2003): 88.

ción para la realización de un determinado objeto, sin que por ello se deba concluir que la mera utilización de esa palabra constituye la tipificación de la situación respectiva como contrato. En tal sentido se puede hacer referencia a las concesiones que se otorgan por acto administrativo o por otras modalidades legales.<sup>178</sup>

**Tiene como características esenciales:**

(i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.<sup>179</sup>

De acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia, podrá ser de concesión de obra pública, de infraestructura, de transporte, de servicios públicos —sean domiciliarios o no—,<sup>180</sup> de telecomunicaciones, de bienes públicos o de puertos marítimos.<sup>181</sup> En él opera por mandato expreso de la ley la aplicación de la cláusula de reversión, según la cual:

178 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 410001-23-31-000-2004-00369-01(AP)*, *Sentencia de 17 de mayo de 2007*, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

179 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009*, M. P. Mauricio González Cuervo.

180 “[...] servicios públicos son los que están destinado a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente, continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”. Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 2, num. 3.

181 Susana Montes y Patricia Mier, “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual crisis de los contratos”, *Revista de Derecho Público*, núm. 31 (2000): 35-125; Rafael Izquierdo de Bartolomé y José Manuel Vasallo Magro, “Concesiones de infraestructura con plazos cortos”, *Revista de Obras Públicas* 149, núm. 3425 (2002): 119-126; Hugo Palacios Mejía, “La concesión y la teoría económica de los contratos”, *Revista de*

[...] en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.<sup>182</sup>

#### Además:

[...] dentro de los elementos del contrato de concesión, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha incluido la cláusula de reversión como una característica de la esencia del contrato que se entiende incorporada al mismo aun cuando las partes no lo hayan señalado expresamente.<sup>183</sup>

De lo reglado por la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes o modificadoras (Ley 1341 de 2009) se colige que los contratos de concesión de servicios, actividades de telecomunicación, concesión y licencia de servicios postales (Ley 1369 de 2009) cuentan con una regulación especial para su celebración y otorgamiento.

Dicho contrato es percibido por la legislación como el que celebra la Administración para “construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.<sup>184</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional, los contratos de concesión son por naturaleza una especie incompleta de contratos, debido a:

[La] incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada una de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectiva-

---

*Derecho Público*, núm. 31 (2000): 11-17; Laura Reyes Yunis, *Ley de contratación administrativa: reforma a la contratación estatal* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 452.

182 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 19. Ver Colombia, Consejo de Estado, *Radicalado 10498, Sentencia de 31 de enero de 1997*, C. P. Daniel Suárez Hernández; Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-250 de 6 de junio de 1996*, M. P. Hernando Herrera Vergara.

183 Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría General, *Concepto 111* (Bogotá, 4 de septiembre de 2008). En igual sentido, puede verse Colombia, Consejo de Estado, *Radicalado 27001-23-31-000-1995-02484-01(15935), Sentencia de 10 de marzo de 2011*, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

184 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 1.

Dispone también que: “En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto”. Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 31, núm. 1.



mente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal —como la libre competencia y la selección objetiva— y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas. En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que las modificaciones deben obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado.<sup>185</sup>

Si se quisiera diferenciar entre el contrato de obra y el contrato de concesión, mientras en el primero el objeto se agota con la ejecución de la obra y el pago

.....  
 185 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de la remuneración convenida, en el segundo se entiende consumado en la construcción de la obra y la percepción de los derechos por su uso que realizan los terceros usuarios. Otra diferencia entre la concesión de obra pública y el contrato de obra pública es la forma de remuneración, pues el concesionario recibe lo que proviene de los derechos que pagan los usuarios por concepto de utilización de la obra.

El contrato de concesión supone varios aspectos:

- Su objeto es confiar al concesionario la ejecución de un servicio público que en principio está a cargo de una entidad pública o la construcción de una obra pública.
- Opera una especie de delegación, pues se sitúa al concesionario frente a los usuarios en el lugar que antes le correspondía a la entidad pública.
- Se pacta por largo tiempo.
- El concedente es la entidad estatal y el concesionario es el particular que asume la prestación del servicio.
- Contiene cláusula de reversión.
- Una modalidad de gestión de servicios que le permite al Estado la prestación de un servicio sin privatizarlo, pero utilizando la capacidad técnica, administrativa y financiera del particular; es una técnica de gestión en la que el Estado continúa como gestor del servicio, aunque encarga su ejecución a un particular.

## Prestación de servicios

De acuerdo con lo postulado por la Ley 80 de 1993 en su Artículo 32 y lo analizado por la Corte Constitucional, se entiende por contrato de prestación de servicio el que celebra la Administración:

[...] para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.<sup>186</sup>

.....  
<sup>186</sup> Menciona la Corte en la misma Sentencia: "El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la Administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con

•Consideraciones en torno a los principales contratos públicos e instrumentos de resolución.

Tiene su origen en la Ley 3 de 1930<sup>187</sup> y se materializa en su forma actual en el Decreto 150 de 1976:

Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.<sup>188</sup>

Esta definición fue rescatada por el Decreto 222 de 1983 y el Decreto 2209 de 1998. Según el objeto de la prestación, este contrato puede ser: 1) simplemente de servicios; 2) de servicios profesionales; 3) de servicios artísticos; 4) de servicios de apoyo a la gestión; 5) de servicios especializados; 6) de suministro de servicios, y 7) contrato de servicios del sector defensa.<sup>189</sup>

El Consejo de Estado ha sostenido que el contrato de prestación de servicios:

Tiene por finalidad realizar actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no puedan cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los

---

la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo". Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997*, M. P. Hernando Herrera Vergara.

187 Germán Enrique Gómez González y Juan Carlos Urrutia Ramírez, "El contrato de prestación de servicios en la legislación contractual administrativa colombiana" (tesis de Especialización, Universidad de La Sabana, 2008), 10-11.

188 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 150 de 1976*, "Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 34492 de 18 de febrero de 1976), art. 138.

189 Gómez González y Urrutia Ramírez, "El contrato de prestación de servicios en la legislación contractual administrativa colombiana", 1-59.

servidores de la entidad [...]. Si bien una interpretación preliminar del numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 permitiría concluir que es posible la celebración de este contrato para la ejecución de cualquier objeto que tenga relación con la administración o funcionamiento del organismo, lo cierto es que el contenido obligacional se circunscribe a una prestación de hacer, esto es, la realización de actividades o el despliegue de alguna acción o conducta [...]. La delimitación del objeto del contrato proviene no sólo de las normas positivas que lo definen y que se acaban de analizar, sino también de disposiciones prohibitivas o restrictivas que indican que el contrato de prestación de servicios no es un medio para suplir la vinculación de personas naturales en el desempeño de la función pública, ni constituye un instrumento para el cumplimiento propiamente dicho de ella [...]. Los servicios de apoyo para la organización logística de eventos de capacitación corresponden al objeto del contrato de prestación de servicios, siempre que tal actividad esté comprendida dentro del ámbito funcional de la entidad.<sup>190</sup>

De acuerdo con el Artículo 1 de la Ley 190 de 1995, para poder celebrar el contrato en cuestión es necesario que los aspirantes diligencien el formato único de hoja de vida y consignen: 1) su formación académica; 2) su experiencia laboral; 3) la inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal, y 4) si se trata de personas jurídicas, el certificado de representación legal.

Esta modalidad ha sido utilizada de forma inadecuada y contraria a la ley con la finalidad de ahorrar el pago de las contraprestaciones que implica la existencia de un vínculo laboral, lo que ha conducido a que la jurisprudencia se pronuncie en múltiples ocasiones frente a la existencia de contratos realidad enmascarados,<sup>191</sup> sin que dicha declaratoria implique la existencia del estatus de empleado público, en tanto se encuentra sujeto a un régimen legal y reglamentario específico:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presu-

190 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 11001-03-03-000-2005-01693-00(1693)*, *Sentencia de 23 de noviembre de 2005*, C. P. Flabio Augusto Rodríguez Arce.

191 Mariela Vega de Herrera, "El contrato estatal de prestación de servicios: su incidencia en la función pública". *Prolegómenos, derechos y valores X*, núm. 19 (2007): 15-34. Colombia, Consejo de Estado, *Radicionado 68001-23-31-000-2004-02194-01*, *Sentencia de 23 de septiembre de 2010*, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Paez.

•Consideraciones en torno a los principales contratos públicos e instrumentos de resolución•

ponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.<sup>192</sup>

## Contrato de consultoría

El Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría como el destinado a hacer los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos y las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Señala que también son contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Por regla general, se espera que del contrato de consultoría surjan los estudios y las labores que puedan ser desarrollados, construidos o convertidos en realidades tangibles y materiales. En estos términos, ni un estudio de títulos ni un concepto jurídico podrán ser considerados como consultorías, sino como prestación de servicios profesionales, dado que están relacionados con la administración y el funcionamiento de la entidad.

## Controversias contractuales

De acuerdo con el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la competencia para conocer los conflictos derivados de los contratos estatales, su ejecución o el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ellos se encuentra en cabeza del juez contencioso administrativo. El CPACA (Ley 1437 de 2011) indica que es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer las controversias o los litigios relativos a contratos de la Administración cuando:

[...] cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado [...]. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.<sup>193</sup>

192 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-555 de 6 de diciembre de 1994*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

193 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.956, 18 de enero de 2011), art. 104.

El medio de control idóneo para la discusión de controversias contractuales se halla instituido en el CPACA:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o su causahabiente.<sup>194</sup>

Para poder acceder a la demanda es necesario agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, como establece el Artículo 161 de la ley en cuestión, en concordancia con lo normado por la Ley estatutaria de administración de justicia en materia de acceso a la jurisdicción, según la cual la competencia estará determinada por el territorio y la cuantía. Afirma Expósito Vélez:

[...] la regla de que la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato y, en caso de que esto comprendiere varios departamentos, el demandante escogerá a prevención en cuál de ellos interpondrá la demanda. En relación con la cuantía, se mantiene la forma de cuantificación a partir de los perjuicios causados o la multa impuesta, de acuerdo con la estimación realizada por el demandante, sin realizar ahora expresa remisión a los numerales 1° y 2° del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil como criterios para definir la cuantía.<sup>195</sup>

194 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 141.

195 Juan Carlos Expósito Vélez, "El contencioso contractual: visos jurisprudenciales", *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 4 (2010): 164.

En aquellos casos en los que exista acumulación de pretensiones se estimará la cuantía de acuerdo con la de mayor monto.

La caducidad<sup>196</sup> de la acción, establecida en el Artículo 164 del CPACA bajo el nombre de oportunidad para presentar la demanda, no prescribe —en tanto el contrato se encuentre vigente— cuando lo que se persigue es la simple nulidad de los actos que dan lugar al contrato, de acuerdo con el Artículo 137 del mismo Código. Se presenta como excepción un plazo de dos años contados a partir del perfeccionamiento del contrato cuando lo que se persiga sea la nulidad y subsecuente restablecimiento de un derecho.

Por el contrario, cuando se persiga una declaración en relación con cualquier otro elemento del contrato administrativo, su ejecución o liquidación, el plazo para ejercer la acción es de dos años contados a partir del día siguiente a los motivos o hechos que dieron lugar a la controversia. Este lapso se cuenta de forma especial en los siguientes casos:

- En los contratos susceptibles de ejecución instantánea, el término se contará a partir del día siguiente a aquel en el que el objeto fue cumplido o debió cumplirse.
- En los contratos para los que no es necesaria la liquidación, a partir de la finalización del contrato sin atención a cuál fue la causa de la terminación.
- En los que requieren liquidación y fuera efectuada de común acuerdo, a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación.
- Cuando la liquidación se haga de forma unilateral, a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se aprueba.
- Cuando no hay mutuo acuerdo para liquidar:

En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la

.....  
196 Se diferencia de la prescripción en tanto la caducidad es un “fenómeno jurídico taxativo de naturaleza procesal que se presenta en los casos expresamente señalados en la ley, de orden público, a diferencia de la prescripción —de naturaleza sustancial— que extingue el derecho por no hacerse uso del mismo; de tal manera que respecto de la caducidad las partes no pueden variar sus perfiles legales, ni renuncia a ella. La caducidad se refiere a la pérdida de oportunidad de ejercer una acción para el reconocimiento de un derecho y como tal escapa a la autonomía de la voluntad, por manera que las acciones extinguidas por este concepto no pueden ser revividas, al ser como se dijo, una institución de estricto orden público” Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 2003-00801, Sentencia de 26 de agosto de 2011*, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.<sup>197</sup>

Dado que el contrato estatal se divide en dos fases o etapas —la precontractual y la contractual—, se tramitarán por simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho aquellos relativos a la primera, como la apertura del proceso de selección;<sup>198</sup> la segunda tendrá como medio de control el de controversias contractuales, de acuerdo con las normas enunciadas y puede tener como pretensiones:<sup>199</sup> que se declare la existencia del contrato, que se declare su nulidad o que se liquide, entre otras.

Ese medio de control se encuentra supeditado en su trámite, práctica de pruebas y posibilidad de decreto de medidas cautelares a lo reglado por el CPACA sobre las demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los Artículos 168 y siguientes.

Respecto a las condenas contra el Estado que conlleven el pago de intereses moratorios de acuerdo con lo regulado en la ley y la posibilidad de presentar incidentes fiscales, ha expresado la Corte Constitucional:

Someter el cumplimiento de las decisiones judiciales adversas al Estado a tal condición equivaldría, en la práctica, a privarles de toda fuerza vinculante, puesto que siempre existiría la posibilidad de argumentar falta de recursos disponibles para justificar el incumplimiento de las órdenes judiciales correspondientes mediante su no inclusión en los presupuestos públicos respectivos, haciéndolas negatorias.<sup>200</sup>

197 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 164.

198 De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el actual contenido del CPACA, es posible que el juez administrativo declare la suspensión de los procedimientos de selección o incluso del contrato en sí mismo considerado cuando se soliciten medidas cautelares y se ataquen los actos previos correspondientes. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-713 de 23 de agosto de 2006*, M. P. Rodrigo Escobar Gil; *Sentencia T-309 de 30 de abril de 2010*, M. P. María Victoria Calle Correa.

199 Respecto a la pretensión al interior de los procesos de controversias contractuales puede verse Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2001*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

200 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-006 de 18 de enero de 2012*, M. P. María Victoria Calle Correa.



## Algunos mecanismos constitucionales para la solución de problemas jurídicos en el marco de la contratación estatal

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y la creación de diversas acciones para la protección de la supremacía del texto constitucional han permeado la normatividad de la contratación estatal. Lo anterior es lo que ha permitido afirmar la existencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho contractual estatal.

En concordancia con lo postulado por María Teresa Palacio, en tanto garante de los derechos individualmente considerados, al Estado “se le asignaron tareas de intervención de la órbita de los particulares en la búsqueda del beneficio comunitario, otorgando gran importancia a la noción de servicio público y a sus obligaciones sociales”;<sup>201</sup> de allí que estas decisiones sean susceptibles de recursos, con la finalidad de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales implicados en el perfeccionamiento, la ejecución y la terminación de los contratos estatales; entre ellas se cuentan las acciones de grupo, la tutela, el medio de control de protección de derechos colectivos y el medio de control de reparación de perjuicios por vulneración a derechos colectivos.<sup>202</sup>

La reparación de perjuicios por vulneración a derechos colectivos procede en lo relativo a las afectaciones de derechos sustantivos derivadas de la ejecución de un contrato estatal cuando se pretenda reivindicar un interés personal susceptible de ser interpretado en términos pecuniarios y será percibido por cada uno de los miembros del grupo que se une para promover una acción; es necesario que el daño recaiga sobre una comunidad de personas que por su naturaleza deba ser

201 María Teresa Palacio Jaramillo, “Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público”, *Revista de Derecho Público*, núm. 31 (2000): 4.

202 Para Monroy Moreno es posible ejercer control constitucional a los contratos administrativos por medio de la acción pública de inconstitucionalidad. Nubia Monroy Moreno, “Acciones constitucionales frente a la contratación estatal”, *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas* VII, núm. 13 (2016): 117-166.

Así lo ha establecido la Corte Constitucional: “[...] el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

solucionado de forma expedita y efectiva.<sup>203</sup> No necesariamente se persigue la reparación de un derecho fundamental o colectivo, sino de un derecho de raigambre constitucional sin atención a su naturaleza y supone —en contraposición a las acciones populares— la existencia de una lesión o un perjuicio cuya indemnización se solicita ante el juez competente. Sus características son:

- i) No involucran derechos colectivos. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica una actuación judicial conjunta de los afectados; ii) En principio, por tratarse de intereses individuales privados o particulares, los criterios de regulación deben ser los ordinarios; iii) Los mecanismos de formación del grupo y la manera de hacer efectiva la reparación a cada uno de sus miembros sí deben ser regulados de manera especial, con fundamento en la norma constitucional, atendiendo a las razones de economía procesal que inspiran su consagración en ese nivel.<sup>204</sup>

Por el contrario, la protección de derechos colectivos tiene como finalidad esencial garantizar la protección de un derecho o interés colectivo que se ha visto o puede verse afectado por la actuación de la Administración. Es procedente frente a acciones u omisiones de la Administración en ejercicio de la gestión pública<sup>205</sup> y a contratos estatales, en tanto constituyen formas de gestión pública encaminados al cumplimiento de los fines estatales; por ello:

[Pueden] suscitar situaciones en donde se vulnere o se vea amenazado tanto un derecho o un interés público, pues el estrecho vínculo con los principios orientadores

.....  
203 Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 403.

“En este orden de ideas se observa que el inciso primero del artículo 88 de la Carta, al consagrar las denominadas Acciones Populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas, señala también el ámbito material y jurídico de su procedencia en razón de la naturaleza de los bienes que se pueden perseguir y proteger a través de ellas; estas aparecen previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública; igualmente, se señala como objeto y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de esas acciones, la moralidad administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. Esta lista no es taxativa sino enunciativa y deja dentro de las competencias del legislador la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza [...]. También se desprende de lo anterior que las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la Acción de Tutela”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-508 de 28 de agosto de 1992*, M. P. Fabio Morón Díaz.

204 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999*, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

205 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

de la función administrativa deja entrever que le corresponde al juez constitucional la revisión de estas actuaciones, por hacer parte de preceptos superiores del texto constitucional.<sup>206</sup>

El medio de control de protección de derechos colectivos busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. Tiene como objetivos:

- Evitar el daño contingente, lo que supone una actuación preventiva por parte del juez que conozca el medio de control de protección de derechos colectivos.
- Hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses, lo que exige una actuación suspensiva por parte del juez que conozca el medio de control de protección de derechos colectivos.
- Restituir las cosas a su estado anterior, lo que implica una actuación restaurativa por parte del juez que conozca el medio de control de protección de derechos colectivos.

Hay tres escenarios de funcionamiento del medio de control de protección de derechos colectivos en materia contractual:

- 1) La prevención: se presenta cuando la lesión al derecho colectivo está en ciernes y es solo contingente. La amenaza de daño cambia el paradigma de la reparación de daño, porque la amenaza es, en sí misma, un daño. Cuando hay amenaza a un derecho, la mera amenaza ya es constitutiva de daño. La forma de reparar el daño será distinta: no necesariamente será la indemnizatoria pecuniaria, sino que puede ser por medio de obligaciones que se le impongan al sujeto responsable, consistente en hacer o no hacer algo para interrumpir la amenaza.
- 2) La afrenta al derecho colectivo. En este escenario, el daño ha empezado su expansión sobre el derecho concreto cuestionado. Ya existen elementos de daño consumado y también elementos de daño a prevenir.

.....  
206 Monroy Moreno, "Acciones constitucionales frente a la contratación estatal", 144.

- 3) La restitución: supone retrotraer los efectos por la vulneración del derecho colectivo y volver las cosas a su estado anterior, cuando fuera posible.<sup>207</sup>

Para que proceda el medio de control de protección de derechos colectivos es necesario:

- Acción u omisión de la parte demandada.
- Daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos.
- Causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses.

Con la protección de derechos colectivos no es procedente anular contratos o actos de la Administración, toda vez que el medio de amparo lo constituyen en sí las acciones contenidas en lo contencioso administrativo o en los medios de control, como lo informa la Ley 1437 de 2011. Lo anterior atiende a que anular el acto o contrato estatal no es indispensable para proteger derechos e intereses colectivos, pues el juez tiene a su alcance múltiples medidas para hacerlo sin necesidad de definir la validez del acto o contrato, lo cual es una tarea propia y exclusiva de la autoridad judicial que tiene competencia para ello, conforme al principio de especialidad.

La Ley 1437 de 2011 ordena aplicar a estos procesos las medidas cautelares, así:

Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.<sup>208</sup>

En el marco del medio de control de protección a derechos colectivos, el juez debe examinar cuál es la situación de hecho que afecta el interés colectivo,

.....  
<sup>207</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 472 de 1998*, "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.357, 6 de agosto de 1998), art. 3, inc. 2.

<sup>208</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 229, par.

determinar en qué forma se vulnera y disponer acciones para que la acción se suspenda y no vuelva a presentarse, sin anular el acto administrativo o el contrato estatal que la provoca o la permite.

Lo anterior se materializa en la Ley 1437 de 2011, la cual instituyó que no hay lugar a que los jueces declaren la nulidad de actos administrativos o contratos estatales por el medio de control de protección de derechos colectivos, en los siguientes términos:

Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.<sup>209</sup>

Por último, la acción de tutela es un mecanismo encaminado a la protección de derechos fundamentales consignado en la Constitución Política de 1991 bajo el enunciado:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio pú-

.....  
209 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 144.

blico o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión.<sup>210</sup>

Para su procedencia en relación con los eventos propios de las controversias contractuales es necesario que:

[...] la controversia contractual comprenda la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En otras palabras, si no está involucrado un derecho fundamental, no compete al juez de tutela analizar la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante en el marco de un proceso contractual, o la idoneidad de los medios ordinarios de defensa.<sup>211</sup>

**Su utilización resulta impertinente cuando se busca debatir:**

[...] asuntos de naturaleza contractual, considerando que, el amparo por vía de tutela es excepcional, por tratarse de controversias que se derivan de acuerdos privados celebrados por las partes, que, en principio, deberían ser resueltos mediante acciones ordinarias de carácter civil, comercial o contencioso dependiendo del caso particular [...] en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para decidir las controversias suscitadas alrededor del reconocimiento de derechos de carácter económico y litigioso. Sin embargo, de manera excepcional y de conformidad con las particularidades del caso concreto, la solicitud de amparo será procedente si el juez de tutela determina que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para proteger los derechos presuntamente vulnerados; y, existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales. En caso de constatar la procedibilidad de la acción de tutela, esta está llamada a prosperar si se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales del accionante.<sup>212</sup>

## Arbitraje

Gracias a las ventajas atribuidas al arbitraje en derecho privado, la pregunta de su efectividad en materia de derecho público ha sido planteada sobre todo en materia de contratos concluidos por la Administración. Esto responde no solo a

210 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), art. 86.

211 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-150 de 31 de marzo de 2016*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

212 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-900 de 26 de noviembre de 2014*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

la congestión de los despachos judiciales, sino también a la participación cada vez más frecuente de ciertas personas públicas en las relaciones económicas del Estado, de los particulares en las funciones públicas y de la rapidez del arbitraje.

Es una institución originaria del derecho privado utilizada particularmente en materia contractual, que permite a las partes escoger personalidades calificadas en las materias objeto del litigio para resolver sus diferencias. Es, sin discusión alguna, un modo jurisdiccional de resolución de conflictos. En el sentido estricto del término, no constituye un procedimiento tendiente a la prevención del conflicto, pero conduce a su resolución fuera de las estructuras oficiales de la justicia.

La Constitución establece el arbitramento como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, las partes de una controversia, en ejercicio de su autonomía someten la resolución del conflicto sobre materias transigibles a unos árbitros que han sido investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es definitiva.<sup>213</sup>

Para su realización se requiere el establecimiento de una cláusula compromisoria de forma contractual, entendida como:

[El] pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. Entretanto, el compromiso es un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado convienen resolverlo a través de un Tribunal de Arbitramento. A pesar de que la voluntad en el pacto arbitral consiste simplemente en la decisión clara e inequívoca de someter una determinada controversia a la decisión de un grupo de árbitros, los artículos 116 y 117 del Decreto 1818 de 1998 exigen su carácter documental como solemnidad sustancial para que se repute legalmente perfecto.

Puede emplearse en la contratación administrativa desde la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993. Tal disposición fue reemplazada por la Ley 1563 de 2012, que expresa:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción. El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje.

.....  
213 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-035 de 23 de enero de 2008*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico. En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.<sup>214</sup>

Debe existir un pacto arbitral<sup>215</sup> bajo la forma de una cláusula compromisoria que debe constar por escrito, bien sea en un contrato o en un “documento separado inequívocamente referido a él”.<sup>216</sup> Dicha cláusula es autónoma ante el contenido del contrato y, por tanto, pueden someterse a arbitraje “las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”.<sup>217</sup> Es necesario que la cláusula determine el número impar de árbitros, el cual será de tres si no se expresa, salvo en los procesos de menor cuantía, en los que será un árbitro único; estos deberán ser nacionales colombianos y ciudadanos en ejercicio, sin condenas penales privativas de la libertad ni inhabilidad o sanción con destitución para el ejercicio de cargos públicos.

Estos deberán ser nombrados conjuntamente por las partes o:

[...] delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista. Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas.<sup>218</sup>

El plazo para resolver la disputa arbitral, salvo pacto en contrario, es de seis meses susceptibles de prórrogas, sin que puedan superar otros seis meses.<sup>219</sup> Durante

214 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, “Por la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.489, de 12 de julio de 2012), art. 1.

215 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 3.

216 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 4.

217 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 5.

218 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 8.

219 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 10.



este período los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, en consonancia con lo establecido por la ley y la jurisprudencia. La Corte Constitucional sostiene:

Es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. El otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (compromiso o cláusula compromisoria) emanada de la ley. Ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes), sino también efectos jurídicos públicos (entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos.<sup>220</sup>

Esta norma tiene fundamento en los Artículos 228 y 116 de la Constitución Política de Colombia, regulatorios de la administración de justicia, así como en el Artículo 8 de la Ley 270 de 1996, de acuerdo con la cual la ley podrá regular mecanismos alternos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos. Gil Echeverri<sup>221</sup> afirma que de lo instituido por la Ley 80 de 1993 se deriva la obligación para la Administración de invitar a los contratistas a solucionar sus controversias por medio del arbitraje cuando no se hubiera pactado expresamente la cláusula compromisoria, en tanto es un mecanismo de mayor agilidad y eficacia para obtener una rápida solución al litigio y, por tanto, la mejor manera para garantizar el cumplimiento de los fines estatales pactados en el contrato de forma expedita. No obstante:

[...] las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de controversias nacidas de los contratos estatales [...] las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.<sup>222</sup>

El Consejo de Estado ha dicho respecto a su implementación:

En virtud de la ley, la justicia arbitral puede conocer de las diferencias presentadas en torno a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos, pero le está vedado pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos ma-

220 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995*, M. P. Hernando Herrera Vergara

221 Jorge Hernán Gil Echeverri, *Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1999), 574.

222 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 69.

teriales, entendidos estos como los dictados con anterioridad al momento en que la controversia arbitral adquiere un carácter vinculante para las partes, lo cual sucede al momento de integrarse la relación jurídico procesal, con la notificación al demandado del auto admisorio de la solicitud de la convocatoria, ya que desde ese momento el juez (sea de excepción u ordinario) asume plena competencia sobre los temas sometidos a su conocimiento y la administración la pierde, debido a que ya están siendo debatidos en sede judicial. Lo anterior obedece a que el campo de acción de la justicia sea de excepción u ordinaria, no puede quedar supeditada en su ejercicio, a que la Administración haga uso o no de sus potestades excepcionales en relación con los temas discutidos.<sup>223</sup>

Asimismo, ha afirmado la doctrina que no existe diferencia alguna entre el arbitramento administrativo, el civil y el comercial, en tanto el Legislador no los estableció como especies diferenciadas, sino como único mecanismo alternativo para la solución de conflictos.<sup>224</sup> Lo anterior condujo a la afirmación jurisprudencial del magistrado Ricardo Hoyos Duque en su salvamento de voto frente a la posibilidad de limitación de los contenidos o temas sujetos a arbitramento:

Frente al claro texto del artículo 70 del Estatuto Contractual, ¿podrá sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral? En mi opinión no, porque ello sería contrariar no solo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia *capitis diminutio*, lo cual implica la división de la continencia de la cosa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica.<sup>225</sup>

.....  
223 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 21652, Sentencia de 11 de abril de 2002*, C. P. Alier Hernández Enríquez.

224 Ingrid Montes Alvarino, "Arbitrabilidad en materia administrativa y manifestación del Estado regulado en el arbitraje como mecanismo alterno de solución de conflictos", *Revista jurídica Erg@omnes* 2, núm. 1 (2010): 67-76.

225 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 8 de junio de 2000, exp. 16973*, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

## Liquidación del contrato estatal

De acuerdo con la Real Academia Española, liquidar significa: “Hacer el ajuste formal de una cuenta [...] saldar enteramente la misma”.<sup>226</sup> Constituye en los contratos estatales la fase o etapa inmediatamente subsiguiente a su ejecución<sup>227</sup> y se caracteriza por ser:

[...] un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.<sup>228</sup>

La liquidación busca “determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar”.<sup>229</sup> Este balance tiene tres vías: bilateral, unilateral o en sede judicial; al obtenerlo de forma bilateral o unilateral no se elimina *per se* la posibilidad de acudir a los mecanismos de solución de conflictos o a instancias judiciales.<sup>230</sup> Debe liquidarse en el plazo estipulado en la Ley 1150, Artículo 11, que sostiene:

1. Las partes podrán establecer el plazo para la liquidación del contrato de común acuerdo, bien sea por estar contenido al interior del pliego de condiciones o por el contrato entre ellas suscrito.
2. A falta de previsión contractual el plazo legal máximo es de 30 meses y 3 días, discriminado así:  
— 4 meses para la realización de la liquidación de mutuo acuerdo, sin perjuicio de la posibilidad de un posterior acuerdo antes del cumplimiento del plazo máximo

226 Real Academia Española, “Liquidar” en *Diccionario de la lengua española*, <http://dle.rae.es/?id=NP8bbbz> (acceso junio 20, 2017).

227 Rocío Marlen Chacón Muñoz, “La oportunidad en la liquidación de los contratos estatales” (tesis de Especialización, Universidad de La Sabana, 2011), 15.

228 Aida Patricia Hernández, “La liquidación del contrato estatal”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 1 (2009), <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597/2236> (acceso septiembre 1, 2017).

229 Luis Fernando Vélez Escallon, “La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales” en *Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa*, ed. Juan Pablo Cárdenas (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1995), 265.

230 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.537*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

— 2 meses para la realización de la liquidación unilateral contados a partir de la terminación del plazo contractual para la liquidación bilateral o del vencimiento de los cuatro meses, establecidos por la ley para la liquidación del contrato de forma bilateral, sin perjuicio de que la entidad pueda liquidar unilateralmente el contrato, antes del vencimiento del plazo máximo legal.

— 2 años, de acuerdo con la redacción del inciso J del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la liquidación por vía judicial.<sup>231</sup>

El Consejo de Estado ha estimado que el plazo en cuestión para la liquidación, bien sea bilateral o unilateral, se invalida o se excluye con la notificación de la demanda mediante la cual se pretende dirimir los conflictos derivados de ella o se solicita su realización, porque las partes no lo hicieron en el plazo.<sup>232</sup> Por último, respecto a la procedencia de recursos o acciones judiciales una vez liquidado el contrato, el Consejo de Estado ha explicado que:

1. Si está liquidado bilateralmente, sólo procede el ejercicio de la acción cuando se ha dejado salvedad en el acta de liquidación bilateral. 2. Si está liquidado unilateralmente, solo procede cuando se demanda la nulidad del acto y 3. Si está liquidado unilateralmente, no procede el proceso arbitral porque los árbitros carecen de competencia para analizar la nulidad del acto de liquidación unilateral.<sup>233</sup>

**Al revisar la jurisprudencia<sup>234</sup> y el contenido de las normas:**

[...] art. 60 de la Ley 80 de 1993, 32 de la Ley 1.150 de 2007 y el art. 217 Decreto-ley 19 de 2012 se puede deducir que en dicha actuación deben consagrarse: ajustes, revisiones, y reconocimientos: acuerdos, conciliaciones y transacciones; extensión o ampliación de la garantía de estabilidad, de calidad del bien o servicio; la provisión de repuestos y accesorios; pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones; responsabilidad civil y, en general, avalar las obligaciones que debe cumplir a la extinción del contrato.<sup>235</sup>

231 Chacón Muñoz, “La oportunidad en la liquidación de los contratos estatales”, 9.

232 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 1453, Sentencia de 6 de agosto de 2003*, C. P. Augusto Trejos Jaramillo

233 Hernández, “La liquidación del contrato estatal”, 13.

234 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 250002326000200000240 01, Sentencia de 13 de agosto de 2014*, M. P. Hernán Andrade Rincón.

235 Pedro Luis Pemberthy López, “La liquidación de los contratatos estatales”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB* 45, núm. 134 (2015): 411.

La liquidación tiene como requisito la terminación del contrato, entendido como la “finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional de la administración”<sup>236</sup> y puede ser de “manera normal o anormal y el criterio que lo determine es si se cumplieron o no los propósitos al celebrar el contrato o se termina de manera diferente al sentido que le dio origen”.<sup>237</sup> La primera manera puede surgir por cumplimiento del objeto contractual, vencimiento del plazo extintivo, vencimiento o terminación del plazo otorgado para la ejecución del contrato o el acaecimiento de la cláusula resolutoria expresamente pactada por las partes contratantes.

Asimismo, puede ocurrir de forma anormal por la desaparición sobreviniente del objeto o de la imposibilidad de ejecución, la terminación unilateral del contrato, la declaratoria de caducidad administrativa, la terminación unilateral del contrato por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la declaratoria de nulidad de los actos en la que este se funda, el desistimiento del contratista o la modificación del contrato que afecte en más de un 20 % el valor original del mismo o por la declaratoria judicial de terminación del contrato o de nulidad; las causales unilaterales para la terminación del contrato tienen que estar debidamente motivadas.

.....  
236 Cristian Díaz, *La liquidación* (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2013), 530, citado en Pemberthy López, “La liquidación de los contratatos estatales”, 409.

237 Pemberthy López, “La liquidación de los contratatos estatales”, 409. En igual sentido, puede verse Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 8500123310002000001980, Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20.968*, C. P. Hernán Andrade Rincón.