



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. COHERENCIA CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN ARAS DE SU ESTRUCTURACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS

Autor:

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Director:

Luciano Parejo Alfonso

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

Getafe, febrero, 2010

TESIS DOCTORAL

**EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE
SERVICIOS PÚBLICOS. COHERENCIA
CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO
SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE
DERECHO EN ARAS DE SU
ESTRUCTURACIÓN EN FUNCIÓN DE
LOS INTERESES PÚBLICOS**

Autor: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Director: Luciano Parejo Alfonso

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo

Vocal: Luis Ortega Álvarez

Vocal: José Luis Benavides Russi

Vocal: Jaime Rodríguez Arana

Secretario: Agustín de Asís Roig

Calificación:

Getafe, 25 de febrero de 2010

A Felipe, Margarita, Silvana y obviamente a Simone

Con el más profundo reconocimiento a mis profesores

Fernando Hinestrosa

Carlos Restrepo Piedrahita

“... La micrología del análisis histórico de la concesión puede ayudarnos a captar el sentido macrológico de la historia del Estado...”

José Luis Villar Palasí

ABREVIATURAS

AA	Administración de Andalucía
ADC	Anuario de Derecho Civil
AFDI	Annuaire Française de Droit International
AJ	Actualité Juridique
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
ANP	Áreas Nacionales de Parques
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
CAR	Corporación Autónoma Regional
CCAR	Corporaciones Autónomas Regionales
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
Cedh	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Ces	Consejo de Estado
CESE	Consejo Económico y Social de España
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIJ	Cour International de Justice
CN	Constitución Nacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DA	Documentación Administrativa
GC	Giurisprudenza Costituzionale
GDA	Giornale di Diritto Amministrativo
GG	Grundrechte Gesetz
GI	Giurisprudenza Italiana
GU	Giurisprudenza Urbanistica
POT	Plan de Ordenamiento Territorial
RarAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RarDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental

RAP	Revista de Administración Pública
RCDP	Revista Critica di Diritto Privato
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDA	Revista de Derecho Administrativo [Argentina]
RDE	Revista di Diritto Europeo
RDI	Revista di Diritto Internazionale
RDP	Revue de Droit Public
RDPI	Revista de Derecho Procesal Iberoamericano
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REP	Revista de Estudios Políticos
RESP	Revista Española de Salud Pública
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RIDC	Revue International de Droit Comparé
RIFD	Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública

EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de
su estructuración en función de los intereses públicos

INTRODUCCIÓN	16
I. PRECISIÓN CONCEPTUAL	16
1. <i>La concesión administrativa</i>	<i>16</i>
2. <i>La concesión administrativa y otros actos propios de la intervención estatal en la economía. Las autorizaciones</i>	<i>22</i>
3. <i>Las concesiones administrativas unilaterales y su directa vinculación con las concesiones de dominio público</i>	<i>34</i>
3.1. <i>La concesión administrativa unilateral precaria</i>	<i>36</i>
3.1.1. <i>La concesión administrativa unilateral y los bienes públicos en el contexto nacional</i>	<i>38</i>
3.1.1.1. <i>Algunos casos de concesiones y autorizaciones en relación con bienes públicos del litoral.....</i>	<i>44</i>
3.1.1.1.1. <i>Concesiones para el uso y goce de bienes de uso público del litoral.....</i>	<i>46</i>
3.1.1.1.2. <i>Permisos para la construcción de vivienda en las áreas del litoral.</i>	<i>50</i>
3.1.1.1.3. <i>Licencia de intervención y ocupación temporal de playas marítimas y terrenos de bajamar.....</i>	<i>50</i>
3.1.1.1.4. <i>Permisos de exploración marina y costera.</i>	<i>51</i>
3.1.1.2. <i>Algunas otras hipótesis de concesiones unilaterales altamente autorizatorias.....</i>	<i>51</i>
3.1.1.2.1. <i>Licencia de intervención y ocupación del espacio público.....</i>	<i>51</i>
3.1.1.2.2. <i>Licencia de ocupación del espacio público para la localización de equipamiento:..</i>	<i>52</i>
3.1.1.2.3. <i>Licencias de intervención del espacio público.</i>	<i>52</i>
3.1.1.2.4. <i>Autorizaciones en telecomunicaciones.</i>	<i>53</i>
3.1.1.2.4.1. <i>Habilitación general:.....</i>	<i>53</i>
3.1.1.2.4.2. <i>Permiso de uso espectro electromagnético:</i>	<i>54</i>
3.1.1.3. <i>Algunos casos en la legislación nacional de concesiones autorizatorias por la vía contractual. Excepción a los casos de concesiones administrativas unilaterales</i>	<i>55</i>
3.1.1.3.1. <i>Concesiones portuarias.</i>	<i>55</i>
3.1.1.3.2. <i>Concesiones mineras.</i>	<i>56</i>
3.1.1.3.3. <i>Concesiones petroleras.....</i>	<i>56</i>
3.2. <i>Concesiones administrativas unilaterales constitutivas</i>	<i>57</i>
4. <i>El concepto de contrato de concesión y su vinculación directa con las concesiones de servicios y de obra. El concepto operativo adoptado para el presente trabajo o concepción unívoca de contrato de concesión de servicio público</i>	<i>58</i>
II. LA BÚSQUEDA INCANSABLE DE LA ARTICULACIÓN ADECUADA DE LA CONCESIÓN EN LAS BASES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. FINALIDAD Y OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	63
III. LA CONSTRUCCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DEL ESTADO Y EN ESPECIAL LA CONCESIÓN PÚBLICA CON FUNDAMENTO EN LOS PRESUPUESTOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. HIPÓTESIS CENTRAL DE LA INVESTIGACIÓN	75
IV. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.....	80

CAPÍTULO I	83
EL SERVICIO PÚBLICO Y LA CONCESIÓN: UN GRAN DEBATE	83
I. EL SENDERO DIFÍCIL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y SUS INCIDENCIAS EN EL FENÓMENO CONCESIONAL. ¿EL ENCANTO DE UNA NOCIÓN AÑORADA?.....	83
1. <i>El derecho administrativo en los telones mágicos del concepto de servicio público. Las bases para la construcción de la teoría jurídica de la concesión pública</i>	93
1.1. Los aportes de la doctrina y jurisprudencia francesa a la construcción del concepto	93
1.2. El contrato y la concesión en los trasfondos de la teoría.....	108
1.3. El gran arquitecto: León Duguit	119
1.3.1. El reproche absoluto a la fundamentación y análisis metafísico del poder, el derecho o la ciencia social en general.....	121
1.3.2. El imperativo de lo social. El hecho social. La solidaridad	124
1.3.3. La negación del individualismo.....	130
1.3.4. El servicio público como instrumento de la solidaridad, e interdependencia social	135
1.3.4.1. El poder y en consecuencia la soberanía no deviene de derecho subjetivo alguno	137
1.3.4.2. La consecuente reformulación del concepto de Estado en abandono a las ideas metafísicas de la soberanía y la personalidad jurídica	139
1.3.4.3. La noción de servicio público deviene en consecuencia en la noción fundamental del derecho público	140
1.3.4.4. Los efectos de la noción de servicio público y en general de la construcción jurídica de Duguit en relación con el derecho administrativo	141
1.3.4.5. Los efectos de la noción de servicio público y en general de la construcción jurídica de Duguit en relación con los contratos, los contratos del Estado y en especial con la figura de la concesión de servicios públicos	144
1.4. Un “niño travieso e imprudente” en la escuela de Bordeaux: Gastón Jéze	154
1.4.1. El realismo positivo de la obra de Jéze	154
1.4.2. El concepto de servicio público en la obra de Jéze.....	158
1.4.3. El concepto de derecho administrativo en la obra de Jéze	162
1.4.4. Los contratos y la concesión en el pensamiento de Jéze.....	162
1.5. Un “detractor” natural en Toulouse: Maurice Hauriou	169
1.5.1. La “puissance publique” y sus fundamentos doctrinales	170
1.5.2. Los elementos de la teoría de la “puissance publique”	173
1.5.3. Hauriou y los servicios públicos.....	175
1.5.4. Los contratos y la concesión en la obra de Hauriou	181
2. <i>El naufragio de la gran noción. ¿Un Titanic en el corazón del derecho administrativo?</i>	185
2.1. Los primeros pasos hacia la ruptura	186
2.2. La segunda gran crisis del concepto	193
2.3. La suerte de los contratos y de la concesión a propósito de la crisis del concepto	194
II. LAS BASES DEL NUEVO SERVICIO PÚBLICO Y DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: ENTRE LAS BONDADES DE LO SOCIAL, LA DEMOCRACIA Y EL INDIVIDUALISMO ECONÓMICO	197

<i>1. Del Estado de derecho al Estado social y democrático de derecho y sus incidencias en el contrato estatal y en la figura de la concesión administrativa. ¿Cerrando filas en torno a lo social?</i>	<i>207</i>
1.1. Hermann Heller y el surgimiento del concepto de Estado social de derecho. La base para la definición de un modelo de negocio concesional coherente con lo social. El auge de la titularidad pública	210
1.1.1. Los conflictos iniciales del concepto. Entre lo social y lo jurídico	220
1.1.2. El Estado social de derecho y la idea de Daseinsvorsorge. El servicio público y la procura existencial: ¿dos hermanos no muy distantes?	225
1.1.3. El alcance de la cláusula del Estado social de derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	231
1.2. La base constitucional del Estado democrático y las responsabilidades de la administración en la definición de un modelo de negocio concesional ausente de arbitrariedad y en coherencia con el interés público y general	237
<i>2. Del Estado social y democrático de derecho al nuevo individualismo libertario, sus incidencias en el contrato estatal y en la figura concesional. El decaimiento de la titularidad pública: ¿abriendo bóvedas?.....</i>	<i>243</i>
2.1. Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos bajo criterios de economía de mercado. La ausencia de titularidad pública en actividades de servicios. El nuevo papel del Estado.....	252
2.1.1. Las libertades bajo un esquema de actividades competitivas.....	256
2.1.1.1. Libertad de Entrada.....	256
2.1.1.2. Libertad de acceso al mercado	259
2.1.1.3. Libertad de contratación.....	262
2.1.1.4. Libertad de inversión	264
2.1.2. Las libertades bajo un esquema de actividades no competitivas.....	266
2.1.2.1. Servicio público universal. Puertas abiertas para la entrada excepcional de la figura de la concesión administrativa bajo la construcción neoliberal	266
2.1.2.2. Libertad de instalación y gestión de infraestructuras	268
2.2. ¿El derecho privado como la base jurídica del nuevo sistema? ¿El derecho público como regla de excepción?.....	269
2.2.1. La situación actual del problema.....	269
2.2.2. Una propuesta de solución en derecho y armoniosa al conflicto.....	272
2.2.3. El dilema de lo público y de lo privado	275
2.2.4. Preservación del principio de legalidad –sujeción al derecho– para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares. Posibilidad de conjugar estas dos bases.....	277

CAPÍTULO II 281

EL SERVICIO PÚBLICO Y LA CONCESIÓN Y SU DESARROLLO EN EL CONTEXTO POLÍTICO Y JURÍDICO

NACIONAL 281

I. EL SERVICIO PÚBLICO Y SUS FORMAS PRESTACIONALES HASTA LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE 1991..... 281

1. <i>Antecedentes constitucionales del servicio público y de los desarrollos normativos de la figura concesional</i>	<i>282</i>
---	------------

1.1. La reforma constitucional de 1936. La consolidación de la escuela de los servicios públicos en Colombia.....	289
1.2. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968. El arraigo normativo de la escuela	294
1.3. La Constitución Política de 1991. La ruptura entre los conceptos de función pública administrativa y servicios públicos.....	296
<i>2. las tentativas constitucionales en torno de una definición de los servicios públicos. Las diversas lecturas de su régimen positivo constitucional.....</i>	<i>303</i>
2.1. La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991	304
2.2. La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público. El abandono parcial a las titularidades públicas en el derecho nacional	307
2.2.1. La libertad de Empresa: el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal	309
2.2.2. Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado	316
2.2.3. Los monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional	322
2.3. La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos.....	325
<i>3. El régimen jurídico especial para los servicios públicos a la luz de la lectura neoliberal. Materias sustraídas de este análisis</i>	<i>336</i>
II. EL MARCO JURÍDICO DE LA CONCESIÓN PÚBLICA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL.....	338
<i>1. La concesión en la formación de nuestro derecho público. La influencia española y la legislación de indias.....</i>	<i>339</i>
<i>2. La caracterización de la concesión administrativa de la independencia hasta nuestros días</i>	<i>342</i>
2.1. Las concesiones administrativas unilaterales para el fomento y el desarrollo de los territorios nacionales en los primeros años de la vida institucional	343
2.2. La posterior evolución de la figura concesional durante el régimen individualista de la constitución Política de 1886 hasta 1964.....	346
2.3. La consolidación de la figura concesional a partir de la incorporación de la sustantivación del contrato estatal en el derecho nacional. La época de los grandes estatutos contractuales. De 1964 a nuestros días.....	349
2.3.1. El contrato de concesión bajo la égida del Decreto 150 de 1976.....	350
2.3.2. El contrato de concesión bajo la égida del Decreto 222 de 1983.....	354
2.3.3. El contrato de concesión bajo la égida de las leyes 80 de 1993, 105 de 1993 y 1150 de 2007 ..	357
III. A MODO DE EPÍLOGO DE LA PRIMERA PARTE.....	363
<i>1. Los aportes del modelo social a la estructuración del contrato y de la concesión</i>	<i>363</i>
<i>2. Los aportes del modelo democrático a la estructuración del contrato y de la concesión</i>	<i>365</i>
<i>3. Los aportes del modelo neoliberal individualista a la construcción del contrato y de la concesión</i>	<i>366</i>

4. La necesaria articulación entre los conceptos de Estado social y Libertad de empresa para la construcción del concepto de contrato de concesión	367
5. La reconstrucción del concepto de contrato estatal a la luz de los parámetros del Estado social y democrático de derecho y sus relaciones con la libertad de empresa e iniciativa privada	370
5.1. Una aproximación al problema en el derecho nacional de los contratos estatales.....	370
5.1.1. La insuficiencia de los criterios orgánicos y del recurso público para determinar un concepto material de contrato estatal.....	377
5.1.2. Las tentativas de construcción de un concepto material de contrato estatal a partir de la interrelación del régimen jurídico de los contratos estatales, el derecho civil y comercial y los principios constitucionales.....	380
5. 2. Conceptos materiales de contrato estatal propuestos.....	385
5.2.1. Concepto material de contrato estatal vinculado a las ideas de conmutatividad y reciprocidad negocial. Consecuencias. Regla general	386
5.2.2. Concepto material pero excepcional de contrato estatal vinculado a la idea de unilateralidad de efectos. Ausencia de reciprocidad. Consecuencias de frente al contrato estatal de concesión	398
SEGUNDA PARTE	399
LAS INCIDENCIAS DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN LA SUERTE DEL CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	399
CAPÍTULO I	399
IMPACTOS DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL CONCEPTO DEL CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	399
I. APROXIMACIONES A UN CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS BAJO LOS PARÁMETROS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	399
II. PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES PARA LA RECONDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ESTRUCTURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS BAJO LOS PARÁMETROS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	406
1. Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio del interés general ..	407
2. Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio de la planeación	412
2.1. Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio de la planeación bajo consideraciones contenedoras de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados	416
2.1.1. Sujeción de la actividad discrecional de la administración a las reglas de la ponderación en la estructuración de los contratos de concesión de servicios públicos.....	434
2.1.1.1. La ley de la ponderación	442
2.1.1.2. La fórmula del peso.....	443
2.1.1.3. La carga de la argumentación	445
2.1.2- Sujeción de la actividad estructuradora de la administración a las reglas de la proporcionalidad y la razonabilidad en la actividad estructuradora de los contratos de concesión de servicios públicos .	446

III.- LA PROCEDENCIA DE LAS ANTERIORES REGLAS METODOLÓGICAS EN RELACIÓN CON CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SUJETOS A DECISIÓN DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA SU ESTRUCTURACIÓN.	453
1.- <i>El marco normativo de la planeación y su consolidación en la exigencia de estudios previos necesarios y adecuados al proyecto que se pretenda desarrollar. Ámbito espacial para la ponderación y la proporcionalidad.</i>	458
1.1.- Estudios previos.....	459
1.2.- Contenido mínimo de los estudios previos.....	464
1.2.1.- La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación:	464
1.2.2.- La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar:	465
1.2.3.- Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección:.....	466
1.2.4.- Justificación del valor del contrato.....	467
1.2.5.- La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del decreto 2474 de 2008:.....	470
1.2.6.- El soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato:	470
1.2.7.- Análisis y sustentación de las garantías del negocio.	471
1.2.8.- Elaboración razonada de los pliegos de condiciones.	472
2.- <i>La aplicación concreta de la metodología propuesta a las decisiones propiamente relativas al ámbito y contenido del contrato de concesión de servicios públicos.</i>	474
2.1.- La definición de la concesión como el modelo adecuado para la atención de las necesidades de la comunidad.....	475
2.2.- Las definiciones relativas al contenido mismo del contrato de concesión de servicios públicos.	476
2.2.1.- La definición del sujeto activo de la relación negocial.	476
2.2.2.- La definición del sujeto pasivo de la relación negocial.....	482
2.2.3.- Los terceros usuarios de los bienes o servicios concesionados. Relaciones y tensiones inevitables.	487
2.2.4.- Definición del objeto concesional.	490
2.2.5.- Actividades conexas: así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio.	492
2.2.6. - El riesgo en la concesión. Por cuenta y riesgo del concesionario. El principio de la previsibilidad.	494
2.3.- Control y vigilancia. Bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.....	504
2.4.-Remuneración del concesionario.	505
3.- <i>Sujeción al principio de la necesaria estructuración planeada de la prórrogas, modificaciones, renegociaciones y revisión de los contratos de concesión. El carácter absolutamente excepcional de las prórrogas en este tipo de contratos. El carácter anormal de la fórmula colombiana de la prórroga a los contratos de concesión.</i>	507

3.1.- Que la modificación tenga como exclusiva finalidad asegurar el cumplimiento de los fines estatales, la eficiente prestación del servicio público y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.	508
3.2.- La decisión de modificar el contrato debe conectarse con el Principio de Economía.	509
3.3.- La modificación no puede tener por finalidad la de simplemente mejorar las condiciones, obligaciones, cargas y riesgos o utilidades del contratista o de ejecución del mismo, ni tampoco la satisfacción de intereses de terceros o de funcionarios contratantes.	509
3.4.- Razones adicionales de las modificaciones.	509
3.5.- Inalterabilidad de elementos básicos.	510
3.6.- Fundamentos jurisprudenciales.	510
4.- Adición de contratos de concesión para obra pública.	512
5.- Adición para contratos de concesión para obra pública con excedentes financieros de la concesión.	515

CAPÍTULO II 517

CONSECUENCIAS DE LA ESTRUCTURACIÓN ANORMAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN FRENTE A LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO 517

I. LAS ACCIONES POPULARES COMO INSTRUMENTOS IDÓNEOS PARA LA DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DERIVADO DE LA ESTRUCTURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	517
1. La acción popular y su incidencia en el ámbito de los derechos colectivos	520
2. Derechos e intereses colectivos objeto de las acciones populares	526
3. El daño colectivo determinante de la acción popular.....	530
II. LA ACCIÓN CONTENCIOSA CONTRACTUAL DE FRENTE A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR LA OCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS CONFIGURADORAS DE NULIDAD ABSOLUTA, EN ESPECIAL COMO CONSECUENCIA DE SU INDEBIDA ESTRUCTURACIÓN	531
1. Acción contractual estrictamente objetiva. Causales de nulidad absoluta y relativa del contrato estatal. Efectos. Declaratoria mediante terminación por vía administrativa.....	534
III. RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	558
1. El equilibrio económico del contrato estatal conmutativo y sinalagmático y las causas de su ruptura.....	558
2. Causas imputables a la administración pública contratante por incumplimiento	564
2.1. Incumplimiento del deber de estructuración plena del negocio. Deficiente o nula planeación del mismo	565
2.1.1. La concurrencia de culpas en la estructuración de los aspectos técnicos, económicos y financieros del contrato estatal.....	566
2.2. Incumplimiento de obligaciones debidamente pactadas	569
2.3. Demoras en la ejecución del objeto del contrato	570
2.4. Demoras en el pago de anticipos.....	570
2.5. Consecuencias del no pago oportuno del valor de las obras o servicios contratado.....	571
3. Causas imputables al Estado: el hecho del príncipe	573

4. Causas imputables a la incertidumbre: la imprevisión	575
4.1. Fundamentos de la causal	576
4.2. Las circunstancias que pueden llevar a su configuración	577
4.3. En cuanto los requisitos que deben confluir para su reconocimiento y aplicación	578
4.4. Posición de la justicia arbitral sobre su procedencia y aplicabilidad en relación con el contrato del Estado. Fuentes normativas en el Código de Comercio.....	580
5. Causas imputables al contratista por incumplimiento y otras circunstancias fácticas	581
6. El restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato	584
6.1. Imputabilidad de las cargas relativas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato	585
A MODO DE EPÍLOGO DE LA INVESTIGACIÓN	588
BIBLIOGRAFÍA.....	598

INTRODUCCIÓN

I. PRECISIÓN CONCEPTUAL

1. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

La concesión administrativa¹ es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –*dominio público*–, servicios –*servicios públicos*– y obras –*infraestructura pública*²–, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –*concesiones administrativas*– o contratos –*negocios jurídicos públicos*–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas³ –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas^{4/5}– para explotarlos económicamente⁶ con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la

¹ JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, Barcelona, Seix, 1981, pp. 687 y 696.

² JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* (Redeti), n.º 10, 2001, p. 79.

³ LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 307 y ss.

⁴ VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 699. Véase el interesante enfoque del autor en relación con las concesiones constitutivas y las traslaticias de funciones y poderes a los concesionarios. Puede consultarse así mismo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 954 y 955.

⁵ Constitución Política de Colombia, art. 210.

⁶ FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 358.

administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador⁷.

En cuanto técnica interventora del Estado en la esfera de la libertad de actuación de los asociados, la concesión administrativa es ante todo un instrumento excepcional, con profundas raíces en la evolución de las instituciones administrativas⁸, que opera de manera exclusiva y restrictiva respecto de bienes, servicios y obras de titularidad o monopolio público y de claro contenido económico, en los eventos en que la administración decide bajo parámetros discrecionales⁹ y de conformidad con los marcos materiales definidos en el artículo 365 constitucional¹⁰, no asumir directamente su

⁷ LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. Instituciones generales*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 1053 y ss.

⁸ Es necesario tener en cuenta que el concepto moderno del contrato de concesión, en cuanto fenómeno negocial vinculado a la actividad de la administración pública y de la colaboración de los privados en la gestión de grandes proyectos de interés público, como la mayoría de las instituciones desarrolladas por el derecho administrativo, después de la institucionalización del poder (PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 27 y ss.; ÍD. *Derecho administrativo*, cit., p. 1053), obtiene sus raíces y sustentos remotos en las experiencias administrativas romanas, que dieron lugar al desarrollo de instituciones que guardan armonía con muchas de las figuras implementadas por las instituciones actuales de nuestra disciplina (SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, Dykinson, 1996). Si bien es cierto que no pretendemos sostener la presencia propiamente de un derecho administrativo romano, ante la inexistencia, en la época, del concepto de división de poderes, propio del modelo del Estado constitucional (MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1987, pp. 9 a 12. Del mismo autor puede consultarse *Derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 37 a 40; "L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo", en *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, CEDAM, 1988), de todas maneras las investigaciones sobre las instituciones públicas romanas nos demuestran que esta cultura desarrolló, para enfrentar la creciente problemática de lo público, una compleja sistemática que podríamos catalogar de administrativa, a través de la cual se plantearon y resolvieron satisfactoriamente grandes cuestiones teóricas y prácticas que aún hoy se plantean en nuestras instituciones administrativas y son objeto de profundos debates, dentro del que denominamos derecho administrativo (ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, pp. 213 a 336).

⁹ VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 695. La elección de la concesión administrativa en relación con la ejecución directa es una de las decisiones más importantes y trascendentes para la administración pública. "[...] En definitiva, la elección entre el sistema concesional y la gestión directa, entre el quantum de individualismo y el quantum de colectivismo, depende en primer término de la afirmación que el Estado haga en cuanto a entrar en el campo de sus responsabilidades esa concreta función, y una vez sentado este punto, de criterios continentales, de índole técnica (mejor prestación en este sentido por el Estado), económica (ahorro estatal), política (fuerza de cohesión y persistencia del grupo político, grado de participación de los asociados y concreta eficiencia de tal participación) y educativos [...]"

¹⁰ El asunto en nuestro derecho es de carácter constitucional. Con fundamento en el artículo 365 de la Carta Política, los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, al igual que por las comunidades organizadas para estos efectos, o por

explotación económica, la prestación del servicio o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia^{11/12}.

La concesión administrativa se torna entonces dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho en una adecuada fórmula de explotación de los bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables¹³, y que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado, mediante la retribución de su actividad¹⁴ de conformidad con los modelos y fórmulas económicos previamente definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada¹⁵.

particulares en los términos y condiciones que establezca la ley. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Al ocuparse la Constitución Política en definir de la formas de prestación de los servicios públicos por parte del Estado, incorporando la modalidad de indirecta le abrió de manera clara e indiscutible las puertas a la figura de la concesión administrativa, por lo menos en cuanto a las actividades de obras, servicios públicos o la mixtura de estas dos, destacando, para estos efectos, la imposibilidad de pérdida de la titularidad pública de estas actividades, por el solo hecho de la prestación indirecta, debiendo en todos los casos el Estado preservar en relación con el concesionario la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios públicos.

¹¹ GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359.

¹² MIRIAM MABEL IVANEGA. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, Caracas, Sherwood, 2006, pp. 49 y ss.

¹³ CHAPMAN. "La devolution de pouvoirs aux institutions autonomes", ponencia general presentada al XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Wiesbaden, 1959, p. 11, citado por GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359. "[...] Si el servicio necesita ser subvencionado, es preferible que esté en manos públicas [...]"

¹⁴ Ídem.

¹⁵ ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra puede consultarse los trabajos compilados en LUIS ORTEGA y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA. *Legalidade e autonomia contractual nos contratos administrativos*, Lisboa, Almedina, 2003, pp. 705 y ss.; PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 98 y ss.

La vinculación de la figura de la concesión administrativa a la problemática interventora del Estado y la consecuente exigencia de que la explotación de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, de titularidad pública, que han de ser concesionados, se caractericen por su ostensible contenido económico, provienen jurídicamente del desarrollo coherente y articulado de las cláusulas constitucionales del Estado social y democrático de derecho¹⁶, en su interrelación material y necesaria con los postulados constitucionales de la libertad de empresa e iniciativa individual y privada^{17/18}, que al ser activadas por la administración, en procura de la satisfacción de los intereses públicos y generales, mediante la desagregación de sus facultades y poderes de gestión, explotación o ejecución directa de los bienes, servicios u obras de su titularidad, trasladando la misma al sector privado, dinamiza la economía y el mercado, incentiva y acelera la productividad y la generación de riqueza, facilita la circulación económica y, sobre todo, traslada criterios de eficiencia a sectores y actividades de interés para la comunidad, satisfaciendo sus necesidades, de manera ordenada en los términos y condiciones del correspondiente acto concesional y de las regulaciones normativas relativas al bien o servicio que se explote o preste de manera indirecta¹⁹.

Conforme a los postulados del modelo de Estado constitucional propuesto, el concepto de concesión no tiene como punto de partida la preexistencia de un derecho en cabeza del asociado; el particular, en sí mismo, carece de un derecho subjetivo concesional, su vocación en relación con la concesión es, ante todo, de una mera expectativa.

Esta especial caracterización y exigencia jurídica para el surgimiento de la figura no es otra cosa que el resultado de su rasgo más particular y

¹⁶ Constitución Política de Colombia, art. 1.º.

¹⁷ Constitución Política de Colombia, art. 333.

¹⁸ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico I*, Madrid, La Ley, 1988, p. 30. “[...] Se trata en definitiva, de conocer que es y que alcance tiene el concepto de estado social de derecho en cuanto constituye el marco en el que por prescripción constitucional debe actuar la administración económica [...]”. MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, 1995, pp. 177 y ss.

¹⁹ FERNANDO ARAUJO. *Teoría económica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 13 y ss.; ALBERTO RUIZ OJEDA. *La concesión de obra pública*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, pp. 125 y ss. Puede consultarse en igual sentido, J. LUIS GUASCH. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlas bien*, Barcelona, The World Bank-Bosh, 2004, p. 20.

significativo, cual es el del mantenimiento y la subsistencia, por expreso mandato constitucional y legal, de la retención en cabeza del Estado, de titularidades – bienes^{20/21}, servicios²², monopolios²³ u obras de interés público²⁴, típica adscripción que se constituye para la administración en una fuente imperativa de obligaciones y deberes frente a la comunidad, para su debida prestación, explotación o ejecución en aras, entre otros propósitos, de arbitrar recursos para el tesoro público, el adecuado cumplimiento de las finalidades estatales, la adecuada u oportuna prestación de los servicios que le correspondan y la ejecución de proyectos de infraestructura que demande el interés general²⁵, frente a lo cual surge, además, un trascendente y fundamental deber funcional para la administración: el de planear y diseñar de manera completa, correcta, eficaz y técnica los proyectos concesionales, por fuera de los marcos de la arbitrariedad²⁶ y de motivaciones políticas y subjetivas de los gobernantes, de manera que realmente constituyan respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad y no costosas frustraciones²⁷.

En este sentido, debe tenerse de presente, entonces, que el título, la habilitación, el goce propiamente dicho sobre el bien, servicio o ejecución de la obra pública, por parte del privado, son producto de la decisión discrecional de la administración; decisión que inevitablemente, para no incurrir en perturbadores grados de ineficacia, se debe generar, esto es, estructurar a partir de consideraciones objetivas de estrictas necesidades públicas debidamente motivadas y sujetas a unos claros criterios metodológicos que reconduzcan su actuación, tanto en la sustentación de la decisión de concesionar como en la estructuración del acto concesional o del negocio jurídico correspondiente, por las vías de la ponderación, proporcionalidad y

²⁰ Constitución Política de Colombia, arts. 101, incisos 3 y 4; 332.

²¹ Código Civil Colombiano, arts. 674, 675 y 677.

²² Constitución Política de Colombia, art. 365.

²³ Constitución Política de Colombia, art. 336.

²⁴ VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 687.

²⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, en RAP n.º 17, 1955.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 24 y ss. Del mismo autor, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 31 y ss.

²⁷ GUASCH. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlas bien*, cit., pp. 15 y ss.

razonabilidad, que en últimas constituyen instrumentos fundamentales para garantizar los derechos e intereses propios de la comunidad ²⁸.

La decisión en comento debe además corresponder al consecuente agotamiento de los mecanismos y procedimientos institucionales pertinentes, con estricta sujeción a principios contenedores de la arbitrariedad y de la mera liberalidad graciosa de la administración, como lo son, entre otros, bajo consideraciones materiales, los de transparencia, planeación, participación, previsibilidad, no discriminación, igualdad de trato, protección a los derechos de particulares y usuarios, reconocimiento mutuo –este último de conformidad con la normativa internacional, contratos o convenios que comprometan al Estado– y, sobre todo, el del respeto profundo al interés público o general, que para estos efectos se configura como la gran brújula, el faro determinante del rumbo adecuado para la administración al momento de la adopción de la decisión en comento ^{29/30}.

En este sentido, no puede ser extraña a este conjunto conceptual, rector de la actividad discrecionalidad enunciada, la configuración adecuada y completa del negocio correspondiente³¹, de manera tal que se definan dentro de él no solo los componentes propiamente subjetivos del mismo, como pueden ser los relativos al objeto del negocio, a la posición del concesionario, su régimen remuneratorio y el consecuente modelo financiero que habrá de regir la relación, el marco obligacional pertinente, la duración del mismo, las garantías etc., sino también, y de manera fundamental, aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios y, en especial, a la

²⁸ ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra, puede consultarse los trabajos compilados en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit.; SÉRVULO CORREIA. *Legalidade e autonomia contractual nos contratos administrativos*, cit., pp. 705 y ss.; PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., pp. 98 y ss.

²⁹ JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA. *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Albacete, Bomarzo, 2006.

³⁰ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 1054 y 1055.

³¹ GUASCH. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlas bien*, cit., pp. 38 y ss.

demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones.

En esta misma dirección, los criterios metodológicos de la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad propuestos, en conjunción con los principios básicos enunciados, deberán en todo momento conformar un sólido marco sustentador de la concesión administrativa, bajo el manto conceptualizar del sistema democrático. El propósito es evitar, dados el carácter y la significación de la institución concesional, dicotomías perturbadoras y agresivas al régimen constitucional mediante manipulaciones arbitrarias de la figura por parte de la administración – ¿democracia o infraestructura?; ¿democracia o servicio público?, ¿bienes y espacio público o iniciativa privada y capital?– entre otras.

El propósito indiscutible del modelo que deducimos para efectos de la presente obra, en relación con la concesión administrativa, no es otro que el que busca mantener, a partir de una sana y técnica estructuración de los proyectos concesionales, la estabilidad entre los ámbitos propios de lo público, con los intereses del particular, sosteniendo el necesario equilibrio entre democracia y necesidades apremiantes de explotación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras de titularidad pública, al igual que entre los propósitos y finalidades constitucionales del modelo de Estado social de derecho y los valores propios de la libertad de empresa e iniciativa privada, todo esto, en la búsqueda incansable de una figura concesional adecuada con nuestro modelo constitucional³².

2. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA Y OTROS ACTOS PROPIOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA. LAS AUTORIZACIONES

Conforme a lo expuesto, la concesión administrativa se caracteriza, entonces, por su autonomía conceptual, derivada de la inevitable articulación de los elementos antes enunciados, que concurren para su conformación jurídica,

³² Véase en este sentido los importantes aportes para estos propósitos en GUASCH. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlas bien*, cit.

otorgándole entidad e independencia, por lo tanto, diferenciándola sustancialmente de otros instrumentos y figuras, propias y comunes de la actividad interventora del Estado en la economía³³.

En este sentido, es importante no perder de vista que conforme a las elaboraciones y los parámetros del modelo del Estado social y democrático de derecho³⁴, que a la luz de nuestras estructuras constitucionales se ha edificado sobre la base del respeto a la libertad económica y a la iniciativa privada³⁵, dando sustancia de esta forma a una inevitable y armónica convivencia entre estos fenómenos, la figura concesional, sea de carácter contractual o simplemente unilateral, resulta materialmente distinta, no pudiendo confundirse, ni mucho menos asumirse, en su conceptualización jurídica, como vinculada a la actividad estatal de intervención económica en relación con bienes y actividades de titularidad privada, en donde lo propio es que la presencia ordenadora de la administración se dé mediante otro tipo de actos administrativos, como las licencias, permisos, creadores de situaciones jurídicas de contenido particular, o incluso por medio de simples instrumentos autorizatorios que se caracterizan por hacer viable el ejercicio de derechos de contenido subjetivo de los particulares³⁶.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. “En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socioeconómico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un ‘orden político, económico y social justo’ (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc. 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C. P); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como ‘función social’ (artículo 58 C. P). o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la ‘función social’ de la empresa (artículo 333 C. P). en aras de la ‘distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (artículo 334 C. P). [...]”.

³⁴ Constitución Política de Colombia, art. 1.º.

³⁵ Constitución Política de Colombia, art. 333.

³⁶ En este sentido nos apartamos en el derecho nacional de las construcciones teóricas clásicas en la materia, principalmente de los trabajos de RANELLETTI (*Teoria generale delle autorizzazione e concessione amministrativa in giurisprudenza italiana*, 1894), quien contraponía, bajo criterios absolutamente limitados, a la concesión simplemente el fenómeno autorizatorio. Los fundamentos constitucionales nacionales no nos permiten hacer esta tajante distinción en cuanto parten para efectos interventores en la economía no de conceptos específicos con efectos jurídicos predeterminados, sino, por lo contrario, de una no nominación de actos propios de la intervención que de acuerdo con las necesidades y características de

Estas figuras, hoy pomposamente retomadas de manera genérica por algunos sectores de la doctrina como meras autorizaciones³⁷, no son el resultado de una mera calificación coyuntural del moderno derecho administrativo, sino que corresponden en esencia a una interesante evolución de las instituciones, desde los remotos tiempos de la civilización romana³⁸, de donde obtuvo

ésta pueden revestir efectos y naturalezas jurídicas diversas, desde simplemente autorizatorios, simplemente tendientes a hacer eficaz un acto, hasta verdaderas manifestaciones de voluntad creadoras de situaciones jurídicas concretas y específicas. La moderna complejidad del mundo jurídico, en especial de las relaciones derivadas de los fenómenos de la economía, impiden que decisiones de la trascendencia como las que nos ocupan se midan de manera exclusiva en la dirección propuesta por RANELLETTI. En las consideraciones clásicas de RANELLETTI, este paralelo conceptual significa aceptar que con la concesión el sujeto adquiere un derecho o poder del que carecía, mediante decisión discrecional de la administración, mientras que con la autorización, permiso o licencia, por el contrario, y por regla general, remueve un límite para el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente cuando la norma interventora lo ha previsto por razones de interés público, ubicando el fenómeno, por lo tanto, a diferencia de la concesión, en el ámbito de decisiones unilaterales altamente regladas, tesis, por lo demás, ampliamente controvertida en la doctrina dados los alcances que se han venido dando a la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos que rebasa los supuestos clásicos de la actividad de policía (tranquilidad, seguridad, y salubridad pública) en incursiona por senderos mucho más complejos como los propios de las actividades económicas en donde pueden eventualmente existir márgenes de apreciación discrecional de la administración, en los casos en que el legislador así lo disponga, para mejor garantizar el interés público o general y por lo tanto en donde lo determinante para la comparación no es propiamente la preexistencia de un derecho.

³⁷ JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *La autorización administrativa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, pp. 31 y ss.

³⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, cit. Uno de esos temas, ampliamente conocido y aplicado por la administración romana, fue precisamente el de las concesiones autorizatorias en cuanto se abordó básicamente las relativas a bienes públicos y obras públicas. El derecho romano se ocupó, en cuanto fueron figuras jurídicas de uso ordinario de la administración, de las complejidades propias de estas instituciones, en la medida en que la temática relativa, entre otras, a las obras públicas, los servicios públicos y su prestación indirecta por sociedades privadas en razones de su practicidad, más que ideológica, fue recurrente y habitual, para el desarrollo de obras, urbanismo, prestación de servicios, recaudo de impuestos, etc. Las autoridades romanas acostumbraban la realización de obras públicas mediante verdaderos contratos que hoy podríamos catalogar como administrativos con sociedades privadas, contratos de un profundo y variado contenido de disposiciones relativas a la obra o el servicio, elaborados sobre la base de las *leges locationes*, dictadas éstas por los censores y más tarde por el emperador o sus delegados (FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, cit., p. 218). Entre las concesiones romanas se destacan las concedidas para efectos recaudatorios de rentas relativas al uso, disfrute o explotación, de las *res publicae* y las *res universitatis*, con carácter exclusivo o preferente, por parte de los particulares o de una colectividad. Concesión bastante común entre mediados de la república y la época justiniana. En esta misma dirección, fueron comunes las concesiones relativas a la explotación del dominio público, *ager publicus*, entre las cuales se destacan por la doctrina las siguientes: las autorizaciones para edificar en lugares públicos, la explotación de minas o salinas públicas, puentes públicos (cuya utilización exigía el pago del correspondiente y moderno peaje), vías de comunicación, derecho exclusivo o preferente de pesca de determinados peces como atunes o salmones, derivaciones de agua pública para usos particulares, etc.; las de prestación de servicios públicos como vigilancia antiincendios, baños públicos, suministros públicos, cobro de impuestos, etc.; de contratación de una obra pública, sistema por el cual se hicieron realidad numerosos palacios, faros, puertos, cárceles.

algunas de las características y sobre todo el contenido jurídico que hoy se predica de ellas, que, por cierto, fue retomado luego en el derecho medieval³⁹ y acogido de manera magnífica en la sistemática del derecho continental europeo⁴⁰, del cual nos llegó al derecho nacional.

Las autorizaciones para construir edificaciones en el mar o en el litoral (FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, cit., p. 218). Si bien es cierto que en el derecho romano no existe una norma general que regulara o se ocupase del fenómeno recurrente de las concesiones en sus diferentes modalidades y estilos, lo cierto resulta ser que en variadas disposiciones legales de carácter especial se ocuparon del tema, como ocurrió en materia minera *lex metallis dicta*, en asuntos agrarios *leges locationes*, en materia municipal *lex julia municipales*. En esta última se destacan los mecanismos de conservación de las vías públicas, para lo cual se disponía de la contratación con sociedades de particulares para estos efectos, habilitados para cobrar los cánones correspondientes de los vecinos colindantes con las vías, para efectos de obtener los recursos necesarios para el mantenimiento (LEÓN HOMO. *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana [UTEHA], 1956, pp. 322 y ss). De todas formas, como lo destaca el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en todas estas disposiciones se observan unos rasgos comunes de los cuales se puede deducir la existencia de un marco conceptual común para los fenómenos descritos. Si bien la terminología no es unitaria, señala este investigador del derecho romano, si existen puntos en común que permiten edificar algunas apreciaciones conceptuales sobre los mismos “[...] se utilizan con profusión los términos *concedere* y *permitere*; está previsto un amplio elemento de interdictos dirigidos a la defensa de los concesionarios públicos; existe un riguroso y formal procedimiento previo a la concesión; los concesionarios se adhieren, en su caso, a unos minuciosos pliegos de condiciones, en los que se recogen aspectos referidos al carácter temporal o perpetuo de las concesión, las facultades y obligaciones del concedente y concesionario, las modalidades de pago del canon o vectigal, las eventuales garantías a prestar por el concesionario y los controles a realizar por parte del ente público concedente [...]” (FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, cit., pp. 218 219).

³⁹ Vencidos los estadios de actuación directa del derecho romano, se observa, la caracterización histórica de la concesión, en las antiguas estructuras contractuales medievales como las daciones *regalísticas* o *privilegia principis*, los derechos reconocidos a las grandes compañías de colonización, incluso las denominadas capitulaciones que fueron la base de la colonización en América, los arrendamientos de servicios y de bienes que antes de la institucionalización del poder, bajo el contexto del Estado autoritario, fueron comunes (GARCÍA DE ENTERRÍA. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, cit). Así mismo, la doctrina determina algunos antecedentes de la institución en el viejo derecho castellano como en la institución de la *encomienda*, esta última, mediante de la cual, durante el *antiguo régimen*, se promovió, por lo menos en Castilla, el desarrollo de actividades de presencia del poder real por intermedio de súbditos debidamente autorizados para efectos de la explotación económica y usufructo ilimitado de terminadas actividades, de lo que el monarca recibía a cambio servicios por parte del encomendero como los de apoyo militar, dado el caso.

⁴⁰ PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 74 y ss. No obstante el anterior marco de antecedentes y configuraciones de la institución, podemos afirmar, sin lugar a equívocos, que la formación de la figura con las connotaciones a las que se refieren los autores del derecho administrativo moderno se obtiene de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la implementación de las políticas, de obras públicas y de prestación de servicios, en los estados de influencia jurídica continental o europea. Esta situación notoria en los modelos de Estado surgidos de la Revolución francesa, en donde la concesión se convierte en el mecanismo jurídico estelar vinculado a la gestión de los servicios públicos, principalmente en los de carácter económico. Respecto de estos servicios, la administración debía dar una respuesta oportuna y coherente frente a los usuarios, que los recurrían y reclamaban, respuestas que no podían brindarse exclusivamente a partir de simples decisiones de policía administrativa o actividades de fomento. Se necesitaba la colaboración de los privados, básicamente de sus capacidades técnicas y económicas, en muchos casos garantizándoles la conformación de monopolios dada la carencia absoluta de competencia y la imposibilidad ideológica de la administración para actuar de manera directa.

Nos encontramos, por lo tanto, ante dos grupos de instituciones, la concesional y la autorizatoria, de por sí absolutamente diferentes, pero coincidentes en un propósito común: el de la intervención económica en procura de la consolidación y preeminencia del interés general. Mientras la concesión entraña materialmente una habilitación al particular para ocuparse y explotar bienes o prestar servicios de titularidad pública, los demás actos de intervención se estructuran, en lo sustancial, en decisiones administrativas interventoras, absolutamente excepcionales y por lo tanto restrictivas, mediante las cuales se viabiliza el ejercicio de la libertad económica –eventualmente contenida de derechos preexistentes– en aras de su adecuación a los propósitos y finalidades del interés público o general⁴¹.

En estricto sentido, la concesión es un instrumento de ordenación e intervención de la administración en asuntos de su titularidad o de sus monopolios, que parte del supuesto de la existencia de títulos o derechos radicados a su nombre de los cuales puede disponer. No existen, por lo tanto, razones constitucionales ni legales para la procedencia de los instrumentos concesionales de la administración donde materialmente la economía fluye bajo conceptos de iniciativa y titularidad privada, con títulos e intereses de los cuales no es titular el Estado; en estos casos, constitucionalmente reina la libertad como derecho subjetivo, por lo demás, configurador de una grande e importante regla general determinante del comportamiento de los particulares.

Esta situación proviene del contexto económico y social definido constitucionalmente. Al respecto, no podemos perder de vista el hecho de que la incorporación constitucional de la cláusula la proclamación del Estado social y democrático de derecho, en interacción sustancial con el también postulado constitucional de la libertad de empresa e iniciativa privada⁴², lleva al reconocimiento, en relación con los particulares, de un precioso principio rector: el de su autonomía y libertad de actuación en relación con sus bienes e intereses, pero con responsabilidades y límites frente al bien común, por lo

⁴¹ Constitución Política de Colombia, art. 333.

⁴² ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 75 y ss.; 159 y ss.

tanto, el del reconocimiento amplio y general de títulos y privilegios estrictamente en cabeza de los mismos, imposibles de ser intervenidos bajo conceptos concesionales, es decir, el rechazo por regla y postulado constitucional, de la intromisión del Estado, allí donde no ostente título o monopolio alguno que le permita actuar respecto de los particulares, dispensándolos o concediéndoles lo que ya ellos tienen como indiscutible derecho subjetivo⁴³.

Conforme a las bases de nuestro modelo constitucional, la libertad económica es un claro derecho subjetivo que se ejerce, por regla general, de manera directa, sin necesidad de permisos previos o requisitos de ninguna naturaleza, a través, simplemente, de los instrumentos y mecanismos derivados de la iniciativa y autonomía privada. Puede, así mismo, ser ejercida, excepcionalmente, mediante el trámite previo de expresas habilitaciones derivadas de los límites obvios y claros que requiera el bien común, materializados en permisos, licencias, esto es, en autorizaciones o el cumplimiento de requisitos, todos ellos previos, esto, únicamente, en los casos expresamente dispuestos por el legislador, para efectos de garantizar la misma libertad y ordenarla por razones de interés general⁴⁴.

Esta última hipótesis, acogida constitucionalmente, no implica ni conlleva en manera alguna elementos concesionales; el legislador simplemente interviene el ejercicio de actividades de titularidad privada, para hacerlas viables dentro

⁴³ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro de MAGDALENA CORREA HENAO *Libertad de empresa en el Estado social de derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 25 a 55).

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. “[...] Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas [...]”.

del tráfico jurídico, de manera excepcional, cuando esté de por medio y comprometido el interés público o general, o cuando el legislador lo hubiere dispuesto⁴⁵.

En este sentido, resulta entonces claro a la luz de nuestro ordenamiento constitucional que el ejercicio de la libertad económica como derecho subjetivo no es absoluta⁴⁶: está sujeta a la dirección e intervención del Estado conforme a los mandatos legales; por lo tanto, sujeta a controles y delimitaciones que pueden materializarse para su ejercicio en el requerimiento de lo que conoce como actos propios de la intervención, que pueden revestir entre otras las formas de permisos, licencias, autorizaciones, etc., y otros tipos de exigencias o de condicionamientos, sustentados, todos ellos, en razones de interés público o social, ambiental o relativas al patrimonio cultural de la nación, que en los términos de las normas constitucionales pretenden, básicamente, garantizarle a la comunidad la debida, oportuna y adecuada explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, la prestación de los servicios públicos y privados, la racionalización de la economía, todo lo anterior buscando ante todo el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, la preservación de un ambiente sano, el pleno empleo de los recursos humanos, asegurando de esta forma que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan

⁴⁵ Constitución Política de Colombia, art. 333.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1162 de 2000 y C-741 de 2003. “En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que *“en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (art. 333 CP)”* y en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación. [...] Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad. Con el fin de examinar la limitación a las organizaciones solidarias para poder prestar servicios públicos domiciliarios, pasa la Corte a recordar el régimen legal de la participación de las organizaciones solidarias y de las empresas de servicios públicos en la prestación de los mismos”.

acceso efectivo a los bienes y servicios públicos básicos, y la promoción de la competitividad y la productividad^{47/48}.

De todas formas, la intervención autorizada por la Constitución Política en relación con la libertad de empresa e iniciativa privada no es tampoco, ni puede significar en manera alguna, el reino de la arbitrariedad del Estado o la administración para su determinación y procedencia. Al igual que lo expuesto a propósito de la concesión, y dado el alto grado de discrecionalidad del legislador en estos asuntos, para el logro de su coherencia con los postulados constitucionales que la inspiran, cualquier decisión al respecto, sea de permiso, licencia, es decir, de autorización que de acuerdo con el ordenamiento jurídico incursione en el ámbito de la discrecionalidad, debe irremediablemente estar precedida de una definición metodológica que la haga coherente con los propósitos y finalidades constitucionales, esto es, que impida la configuración de un desbalance en relación con los también postulados fundamentales de la libertad de empresa e iniciativa privada, asunto que, a la luz de nuestra estructura jurídica, se obtiene a partir de la definición de un método garante para el logro de este balance esencial, método que, a no dudarlo, debe recoger conceptos como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad⁴⁹.

⁴⁷ Constitución Política de Colombia, art. 334.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. “[...] En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social [...]”.

⁴⁹ ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 25 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra puede consultarse los trabajos compilados en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit.; SÉRVULO CORREIA. *Legalidade e autonomia contractual nos contratos administrativos*, cit., pp. 705 y ss.; PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., pp. 98 y ss.

El direccionamiento e intervención ordenadora de la actividad económica e iniciativa privada, permitida constitucionalmente, se fundamenta no solo en la responsabilidad de los individuos frente a la comunidad, sino también en la necesidad de controlar y sancionar los abusos que se puedan dar en el ejercicio de estos derechos subjetivos constitucionales, de aquí la importancia y el papel que cumple la administración pública en desarrollo del régimen de intervención mediante las figuras que de acuerdo con cada caso deba proferir, esto es permitiendo o licenciando, en el entender genérico, autorizando.

Obsérvese que las facultades de dirección, intervención o delimitación de la libertad económica, que pueden entre otros instrumentos efectuarse mediante la exigencia de permisos, licencias –autorizaciones– u otro tipo de condicionamientos administrativos, no puede en manera alguna confundirse con la acción concesional de la administración, en cuanto que mediante estos instrumentos la administración no dispensa el ejercicio de bienes, servicios o ejecución obras de los que es titular o posee legalmente un monopolio, reconociendo derechos, o autorizando el goce de un bien o servicio, sino que simplemente hace ejercicio de su función ordenadora o policiva, determinando y encausando el ejercicio de los derechos económicos de los asociados, para efectos y por razones de interés público o social y para el cumplimiento de los propósitos constitucionalmente admitidos⁵⁰.

La intervención del Estado constituye una garantía de convivencia, control y ponderación en un medio de por sí propenso a la arbitrariedad como lo es el del mercado, cuando está dominado, no por la libertad individual racional y lógica, conforme a los parámetros constitucionales, sino por el libertinaje que históricamente lo caracterizó en otras épocas.

Bajo estas consideraciones, resulta clara a la luz de nuestro ordenamiento constitucional la sustancial diferencia entre la actividad interventora de la esfera de libertad de acción de los particulares como efecto de la titularidad pública o

⁵⁰ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003, p. 181. Puede consultarse, así mismo, PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 641.

monopolio legal de un bien o servicio público en cabeza de la administración, que se concreta a través de la actividad concesional; y por otra parte, la derivada de la intervención ordenadora en la actividad económica y la iniciativa privada, esto es, sobre bienes o actividades de carácter económico, por regla general de titularidad privada, para efectos y por razones de interés público o general, que se concretan en la presencia, entre otros, de instrumentos jurídicos permisivos, licenciatarios –autorizatorios– o de exigencias de otras características o magnitudes para efectos de los propósitos indicados en los párrafos anteriores.

Ahora bien, es necesario admitir que la precisión conceptual propuesta se hace de manera estrictamente operacional, en la búsqueda incansable de delimitar en lo posible, y para efectos del presente trabajo, el concepto de concesión, depurándola de otros elementos con los cuales fluye de manera indistinta en el tráfico jurídico, como consecuencia precisamente de la ausencia de una debida conceptualización al respecto. En este sentido, al igual de lo que ocurre en la doctrina general del derecho administrativo, en el derecho nacional, la distinción conceptual propuesta no resulta en manera alguna ser de aceptación pacífica⁵¹.

En la tradición jurídica nacional, a partir no solo de los trabajos legislativos, sino también jurisprudenciales, es frecuente que actos unilaterales, sustancialmente contentivos de habilitación para el uso o disfrute económico de bienes públicos, sean etiquetados como meramente autorizatorios, permisivos o licenciatarios, cuando en la realidad de las cosas involucran elementos propios de una verdadera concesión unilateral mediante acto administrativo; y al contrario, hipótesis en donde de manera indiscutible se efectúa clara intervención sobre bienes e intereses privados y la habilitación correspondiente deviene mediante figuras concesionales; o incluso, es común que se estructuren concesiones, cuyo objeto es la explotación de bienes públicos, prestación de servicios o ejecución de obras públicas, en donde eventualmente resulten involucrados

⁵¹ LAGUNA DE PAZ. *La autorización administrativa*, cit., pp. 83 y ss.

derechos subjetivos que ameriten licencias o permisos, y los mismos se entiendan concedidos con el acto concesional.

En estos aspectos lo que se observa en el derecho nacional es un verdadero galimatías, que por ahora, lo resolvemos, reiterando la argumentación expuesta, en la medida en que la misma deviene de los fundamentos constitucionales en relación con la intervención económica, que permiten visualizar las diferencias señaladas de manera reiterada en los párrafos anteriores.

Como se advertía al inicio de esta exposición consideramos superada en la hora actual de la evolución del derecho administrativo la vieja y por qué no decir, ya concepción clásica de los actos autorizatorios, que limitaba los mismos a simples habilitaciones de derechos preexistentes, es decir, sin posibilidad de generar decisiones verdaderamente configuradoras de derechos. Con fundamento en las normas constitucionales ampliamente informadas en este apartado, la habilitación que se puede desprender de ellas, para el ejercicio de la libertad e iniciativa privada, no está circunscrita de manera exclusiva a la construcción clásica de la autorización, en este sentido, lo que se deduce del texto constitucional, en una amplia facultad ordenadora de la administración en estos aspectos, que puede oscilar entre meras habilitaciones de derechos preexistes a través de decisiones esencialmente regladas, o también, mediante el ejercicio de facultades discrecionales que lleven a proferir actos administrativos, que para determinar la habilitación de la autonomía del individuo, impliquen hacer algún tipo de reconocimiento de derechos⁵².

⁵² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Madrid, Civitas, 1999, p. 140. Las autorizaciones, dependiendo de lo que disponga el legislador, pueden caracterizarse por ser regladas o discrecionales (pp. 100 y ss.). Al respecto, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ analizan el problema a partir de consideraciones diversas, sin desconocer, como lo hemos destacado, que el asunto de la conceptualización de autorización no es un asunto pacífico en la doctrina dada la multiplicidad de factores que impiden la elaboración unívoca del concepto apropiado y jurídicamente correcto. No obstante lo anterior, el tema de las autorizaciones se analiza desde una óptica mucho más amplia y profunda, como lo es el de las incidencias de la acción administrativa sobre las situaciones jurídicas de los administrados, dentro de la cual se analiza el acto administrativo, desde la perspectiva de las consecuentes operaciones globales adelantadas por la administración, con el propósito de darle sentido. Con la ejecución de los actos administrativos, sostienen estos autores, puede incidir en la esfera jurídica de sus destinatarios creando situaciones de géneros diversos, como derechos, facultades, poderes nuevos hasta

En esto, lo que se observa en la legislación nacional es un amplio espectro creativo a cargo del legislador que no puede ser limitado mediante un simple planteamiento histórico-jurídico en relación con el alcance de las autorizaciones administrativas. Nuestro concepto de autorización, sin desconocer los ámbitos propios del principio de legalidad, no está sujeto a las amarras del derecho administrativo individualista clásico, adoptando en la hora actual, una configuración amplia en esta materia.

Ahora bien, fijada la anterior posición, que reafirma el carácter autónomo de la figura concesional y la adoptamos operativamente como el concepto central del presente trabajo, resulta conveniente anotar que en relación con la topología de actos y decisiones propios de la intervención en relación con bienes e intereses de los particulares –autorizaciones– no existe tampoco uniformidad conceptual⁵³.

entonces inexistentes, así como, también, con su ejecución puede llevarse a que la administración elimine limitaciones que afectan el ejercicio de derechos, facultades o poderes, esto mediante decisiones favorables o ampliatorias de la esfera jurídica del destinatario, caracterizados por ser esencialmente declarativos de derechos, contrarios materialmente a las simplemente desfavorables o de gravamen. Con las decisiones favorables, los derechos, facultades o poderes creados, reconocidos o ampliados por los actos administrativos, salvo las excepciones de ley, entran definitivamente en el patrimonio jurídico de sus destinatarios. Entre las decisiones favorables se destacan en la obra de los profesores citados, a título simplemente enunciativo y con dudas profundas en agotar una posible topología de los mismos, los actos que tiene por objeto concesionar, aprobar, autorizar, inscribir, registrar titulaciones activas, dispensas, subvenciones, reconocimientos de derechos, declaraciones de exenciones, etc. Las decisiones de gravamen o desfavorables son aquellas que se caracterizan por restringir o afectar negativamente la esfera jurídica de sus destinatarios, creando respecto de ellos obligaciones, deberes, cargas que no tenían antes, al igual que restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas. Los ejemplos de esta topología de decisiones se desprenden comúnmente de los trabajos de la que consideran los autores revaluada teoría de la actividad administrativa de policía, propia de la cameralística absolutista, y la cual se expresaba mediante órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones, con el propósito de limitar y restringir los derechos ciudadanos, con el fin de evitar o prevenir peligros afectantes a los intereses de la comunidad. En líneas generales, la tesis de esta corriente doctrinal se basa en no considerar una regla absoluta el tema de los derechos preexistentes, de manera tal que el contenido de las limitaciones legales se reconduzca única e irremediamente a los mismos. Lo que quiere la doctrina es hacer comprender dentro del concepto de autorización todas las diferentes variedades de actuaciones susceptibles de limitaciones. Sobre esta base conceptual, la autorización o licencia es entendida, por los autores, como todo acto mediante el cual la administración consiente a un particular el ejercicio de una actividad, inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente.

⁵³ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y decisión administrativa de licencia urbanística”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 2, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Los conceptos de licencia o permiso propios de una desagregación conceptual de la figura genérico autorización, no han tenido un desarrollo coherente, adecuado y pacífico en el derecho administrativo, si se tiene en cuenta que a partir de las mismas bases del derecho positivo, su tratamiento jurídico ha estado signado por diferentes tensiones doctrinales y normativas que nos reconducen, en consecuencia, por senderos de tratamientos diferenciados y complejos, que dificultan ostensiblemente la elaboración de un concepto uniforme, único o universal en relación con cada uno de ellos⁵⁴. Las acepciones que se involucran y dificultan la estructuración de los conceptos en cuestión se sustentan en consideraciones extremas, muchas veces irreconciliables, lo que nos lleva a la necesidad de reconocer su inevitable contenido diverso y plural, esto, en aras de hacerlos comprensivos, en lo posible, de todas las hipótesis que el legislador pretende amparar bajo la denominación de cada uno de ellos⁵⁵.

3. LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS UNILATERALES Y SU DIRECTA VINCULACIÓN CON LAS CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO

Las concesiones administrativas, de manera especial, en nuestro ordenamiento, las relativas a dominio público⁵⁶, de conformidad con lo dispuesto por el legislador para cada uno de los bienes público objeto de concesión, pueden tener origen en decisiones unilaterales de la

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 131. Al intento doctrinal de lograr una explicación satisfactoria del concepto de licencia o de sus acepciones afines se oponen múltiples obstáculos, entre ellos la variedad terminológica y la escasa o nula disciplina con la que las normas positivas manejan los diferentes términos al uso. Es común encontrar que se aplican indistintamente las voces licencia, permiso, autorizaciones, trámites de verificación previa, y la existencia de suficientes razones jurídicas y doctrinales para establecer diferencias entre esta pluralidad de conceptos, o la presencia de razones poco o nada justificables en los correspondientes ordenamientos jurídicos.

⁵⁵ GUIDO LANDI. "Licenza (diritto amministrativo)", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, tomo XXIV, 1974, pp. 635 a 637. "[...] La verdad es que, como se advierte de la legislación administrativa, los términos autorización, licencia, permiso, nulla osta, son usados promiscuamente, de modo que el empleo de cualquiera de estos conceptos, para indicar una categoría predeterminada, puede generar grandes confusiones [...]".

⁵⁶ RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO. *Las concesiones administrativas de dominio público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007.

administración⁵⁷, bajo dos precisas hipótesis: 1. que se trate simples manifestaciones unilaterales de carácter precario⁵⁸, que habilitan un simple uso, altamente condicionado del bien público⁵⁹, dadas las características y restricciones constitucionales en relación con los mismos, hipótesis esta, que en la realidad de las cosas, configura la gran regla general de nuestro ordenamiento al respecto, y 2. que sean creadoras de situaciones jurídicas de contenido particular, concreto y subjetivo, esto es, de verdaderos actos administrativos de carácter individual con fuerza y virtualidad de habilitar a una persona, para el cumplimiento del objeto propio de toda concesión, hipótesis por lo demás absolutamente excepcional en nuestro ordenamiento jurídico y de muy escasa configuración legislativa.

La concesión unilateral, deviene sin lugar a dudas, y constituye una clara herencia de las viejas construcciones doctrinales alemanas, que encabezadas por O. Mayer⁶⁰ e inspiradas en concepciones de poder público⁶¹, llevaron a entender a la administración como un fenómeno de fuerza, por lo tanto, de imposición unilateral, negando la presencia del negocio jurídico⁶² o de las vías contractuales, para el logro de los propósitos y finalidades públicas, de donde,

⁵⁷ VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., pp. 703 y 704. Véase igualmente GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", en RAP, n.º 41, 1963, pp. 100 y ss. PAREJO ALFONSO. *El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones*, Madrid, Universidad Carlos III (s. f.); MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

⁵⁸ En el derecho nacional el concepto de la precariedad es realmente precario, carece por completo de un desarrollo sistemático y coherente. Tanto el legislador como la doctrina se limitan a reconocer el carácter precario de este tipo de concesiones, bajo el exclusivo entendido de la imposibilidad de que éstas generen realmente derechos subjetivos a los concesionarios y por lo tanto la posibilidad de revocación directa y sin beneplácito del titular de una concesión o autorización sobre bienes de públicos, en cuanto realmente no son titulares de nada, de un simple y elemental uso de éstos. Para efectos de avanzar en los propósitos de decantar doctrinalmente el tema, resulta oportuno acoger la doctrina española en la materia. Puede consultarse principalmente el trabajo de los profesores AGUSTÍN E. DE ASÍS ROIG. "Tres sentencias sobre la cláusula de precario en el derecho administrativo", en RAP, n.º 116. 1988. Así mismo el ya clásico artículo del profesor RAMÓN MARTÍN MATEO. "La cláusula de precario en las concesiones de dominio público", en RAP, n.º 56, 1968.

⁵⁹ FERNÁNDEZ ACEVEDO. *Las concesiones administrativas de dominio público*, cit., pp. 108 y ss.

⁶⁰ OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 245 y ss.; tomo IV, pp. 149 y ss.

⁶¹ VILLAR PALASÍ. *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, Facultad de Derecho Madrid, 1969, p. 24. VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, Madrid, Universidad de Madrid, 1983, pp. 4 y 5. JOSÉ LUIS MEILÁN GIL. *La estructura de los contratos públicos*, Madrid, Iustel, 2008, p. 59.

⁶² ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, IEP, 1958. Se acepta la posibilidad de actos bilaterales en el modo de contratos, revaluando la posición clásica de MAYER.

se derivó, que todo asunto de titularidad pública, al que hoy podríamos catalogar como de explotación o prestación indirecta, no solo de bienes públicos, sino también, de servicios o de obras, se recondujera por las vías del acto administrativo.

3.1. La concesión administrativa unilateral precaria

Advertimos del análisis de los elementos doctrinales en torno a esta modalidad concesional, que procede en los eventos de simples manifestaciones unilaterales de carácter precario, que habiliten un simple uso, altamente condicionado de un bien público⁶³. La concesión, vista en esta perspectiva, contiene, sin lugar a dudas, profundos elementos de carácter autorizatorio, y además configura una alternativa, definida por el legislador, para que la administración no concurra a las vías contractuales a efectos de hacer viable su intensidad concesional.

Esto es, se asume integralmente la materia, pero no se adjudica la misma mediante los procedimientos especiales de la licitación pública, sino, mediando el agotamiento del procedimiento administrativo ordinario, o del especial, que para el efecto hubiere dispuesto el legislador, tendiente a la expedición de un acto administrativo de concesión. Acto, que como se destaca en la doctrina, no es absolutamente unilateral, está condicionado a la aceptación del destinatario de la misma para asumir la explotación o prestación correspondiente, nos encontramos por lo tanto, ante decisiones consensuadas⁶⁴.

La figura bajo esta perspectiva doctrinal, como se advirtió, se hace acompañar muy de cerca de construcciones y casuística propia de la autorización administrativa, lo que nos hace pensar, que el deslinde de lo propiamente concesional, de lo autorizatorio, no era precisamente una de las bondades de la corriente sustentadora de esta modalidad concesional dentro del derecho administrativo.

⁶³ RAMÓN PARADA. *Derecho administrativo. Bienes públicos derecho urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

⁶⁴ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 1054.

La teoría propuesta por O. Mayer no decantó, con la claridad que hoy tenemos de la materia, el contenido mismo del concepto concesional, incorporando dentro de él, también acepciones relativas a lo que podrían ser propiamente simples licencias o permisos para el desarrollo de una determinada actividad o simplemente para el uso de bienes⁶⁵, lo cual se refleja, sin lugar a dudas, en la dinámica que la figura ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico, en donde, en relación con bienes públicos, se aparta sustancialmente de la descripción general, que operativamente efectuamos en los primeros párrafos de este trabajo, en relación con el alcance del concepto de concesión administrativa, y nos arrima a una conceptualización mixta, mucho más próxima a la idea autorizatoria.

Se observa que los aportes de la concepción jurídica de O. Mayer abrieron, en el derecho nacional las puertas, a una especie de modalidad mixta entre concesión y autorización, muy común en relación con el uso de bienes inmuebles públicos, en donde realmente se concede al particular el disfrute de un bien, en relación con el cual, el particular carece en absoluto de una titularidad previa, e incluso la misma no la obtiene luego, en cuanto que, en muchas de las hipótesis legales, de por sí, la figura encarna ante todo precariedad, en la medida en que no genera ningún tipo de derecho subjetivo a su destinatarios, en la realidad de las cosas son verdaderas concesiones meramente autorizatorias, no generadoras de derecho subjetivo material.

Esta situación resulta de claridad meridiana en el ambiente jurídico donde se desarrolla este tipo de concesiones, que es en el del dominio público, dada la naturaleza y las características constitucionales de los bienes públicos en el derecho nacional, caracterizados por su alto grado de regulación y limitaciones dentro del tráfico jurídico, lo que hace que el fenómeno de uso o explotación se reconduzca básicamente por los senderos de decisiones sustancialmente precarias. Estudiemos algunos de los casos más representativos de esta problemática:

⁶⁵ ADOLFO MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004, p. 244.

3.1.1. La concesión administrativa unilateral y los bienes públicos en el contexto nacional

Una aproximación al contexto jurídico sustancial de los bienes públicos nos muestra que nuestro régimen constitucional distingue claramente tres tipos de propiedad, todas protegidas y garantizadas no solo en la misma constitución sino también en los términos de las leyes civiles, involucrando diversas clases de bienes: los de propiedad privada; los propiamente estatales y los públicos⁶⁶.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 566 de 1992 “[...] a. *Bienes de dominio privado*. El artículo 58 de la Constitución establece que se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. En primer término se define la propiedad como función social que implica obligaciones, a la cual le es inherente una función ecológica. Se adiciona por lo tanto la definición tradicional de propiedad que traía la Constitución desde 1936. Dentro del concepto de propiedad privada, se encuentra la propiedad individual (CP artículo 58), la colectiva o comunitaria (CP artículo 329, 58 inciso 3º, 55 y 64 transitorios). b. *Bienes del Estado*. Son del Estado el subsuelo y los recursos naturales no renovables de conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético (CP art. 102), así como los bienes que posee como propiedad privada, en iguales condiciones que los particulares (CP art. 58). El artículo 102 de la Constitución al referirse al territorio y a ‘los bienes públicos que de él forman parte’, para señalar que pertenecen a ‘la Nación’, consagra el llamado dominio eminente: el Estado no es titular del territorio en el sentido de ser ‘dueño’ de él, sino en el sentido de ejercer soberanía sobre él. MARIENHOFF distingue el ‘dominio eminente’ del ‘dominio público’, así: ‘El *dominio eminente* es un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados... El *dominio público*, es un conjunto o suma de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes de dominio privado’. En el artículo 332 de la Constitución, se consagra la propiedad del Estado del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y de los demás muebles destinados a su transformación, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Ese nuevo texto adopta una norma general al referirse al subsuelo y a los recursos naturales no renovables, como pertenecientes no ya a la República sino al Estado. c. *Bienes de dominio público*. Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público. Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concurra el elemento del *destino* o de la *afectación* del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación de los bienes de dominio público. La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983. c.1. *Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional*. Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico. En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (artículo 9º de la Ley 9ª de 1989).

c.2. *Bienes afectados al uso público*. Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la ley 9ª de 1.984 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los *bienes de uso público del Estado*, tienen como característica ser *inalienables, imprescriptibles e inembargables* (artículo 63 de la Constitución Política). a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc. b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios. c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados. c. 3. *Bienes afectados al espacio público*. La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9ª de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de *espacio público*. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste. El fundamento constitucional de la protección del espacio público lo encontramos en el artículo 82 de la Constitución, que establece: 'Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. La entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común'. Establece así el citado artículo: '*Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, a sí como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo*' (negritas [cursivas] no originales). Este artículo reitera el concepto que ya se encontraba contenido en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, que dice: '*Bienes de uso público: las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quiénes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo*' (negritas [cursivas] no originales). Así pues, tanto la playa como la franja de bajamar son bienes de uso público y por lo tanto forman parte del espacio público. La definición de esas zonas la trae el mismo Decreto Ley, así: '*Costa nacional: Una zona de dos (2) kilómetros de ancho paralela a la línea de la más alta marea. Playa marítima: Zona de material no consolidado que se*

Además de lo anterior, es necesario destacar que no obstante las múltiples críticas que la doctrina nacional, en especial la civilista, efectúa en el sentido de la falta de técnica legislativa en cuanto al tratamiento de los bienes de dominio público en el código civil⁶⁷, lo cierto es que este ordenamiento continúa en la hora actual de nuestra evolución constituyendo el punto básico o piedra angular de cualquier referencia que se haga en torno a los bienes del común y de los diferentes entes públicos. Herencia ésta proveniente del código civil francés y más directamente del chileno, que es la fuente inmediata del nuestro.

En esta medida y conforme a los términos del artículo 674 del código civil se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Entendiéndose por unión, bajo los actuales parámetros constitucionales, los bienes de la nación, esto en el entendido de que hemos abandonado históricamente el concepto de Estado federal y nos hemos perpetuado en la modalidad de Estado unitario según lo explicado en los numerales anteriores. Ahora bien, estos bienes pueden ser de dos clases: de uso público y fiscales⁶⁸. Para estos efectos agrega el inciso segundo del artículo 674 del estatuto civil

extiende desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal. *Bajamar*: La máxima depresión de las aguas o altura mínima". [sic]

⁶⁷ LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO. *Bienes*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2006, pp. 58 y ss.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 20 de noviembre de 2003. Exp. 01503(AP). "De conformidad con el artículo 674 del Código Civil los 'bienes de la Unión' se clasifican, en bienes patrimoniales o fiscales y en bienes de uso público. Los primeros son los propiamente estatales, pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y generalmente, están destinados a la prestación de las funciones públicas o de los servicios públicos, cuyo dominio corresponde al Estado, pero su 'uso no pertenece generalmente a los habitantes', es decir, el Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. En tanto que los bienes de uso público universal o bienes públicos del territorio son aquellos cuyo dominio es igualmente del Estado, pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente (como las calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc.), lo que significa que, por su naturaleza, respecto a estos bienes ninguna entidad estatal tiene la titularidad de dominio equivalente a la de un particular, puesto que están destinados al servicio de todos los habitantes. Sobre ellos el Estado ejerce fundamentalmente derechos de administración y de policía, en orden a garantizar y proteger precisamente su uso y goce común, por motivos de interés general. Las características de los bienes de uso público, son: El titular del derecho de dominio es el Estado, representado por las respectivas entidades públicas que ejercen facultades especiales de administración, protección, control y de policía. Se encuentran determinados por la Constitución o por la ley. Son bienes de dominio público que se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, porque su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general. Están sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios tales como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los colocan por fuera del comercio."

que “[...] Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio [...]”.⁶⁹

Así las cosas, si el bien reúne estas dos características, la de pertenecer a una entidad de derecho público y además estar destinado al uso por igual de todos los habitantes del territorio nacional, el bien es indiscutiblemente de aquellos que la ley civil califica como de uso público, lo que implica además lo siguiente: que son de propiedad pública; su uso es común y general, lo que imposibilita la generación de derechos subjetivos particulares; son imprescriptibles; son inembargables; son inalienables. Dentro de esta modalidad pueden ubicarse el mar jurisdiccional del Estado colombiano, los ríos, las lagunas, los humedales, las vías públicas, calles, plazas, puentes, caminos, el espacio aéreo, el espectro electromagnético, etc.⁷⁰.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-183 de 2003. “La Constitución Política y la ley, reconocen dos clases de dominio sobre los bienes: el dominio privado y el dominio público. El primero de ellos, esto es, el dominio privado puede ser: individual como lo establece el artículo 58 superior, en el cual se garantiza la propiedad privada, la cual concibe con una función social que implica obligaciones, ‘y los demás derechos adquiridos’ conforme a las leyes civiles, que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores ; y, la colectiva, a la que hacen referencia los artículos 329 y 55 transitorio de la Carta, con las limitaciones que establecen los artículos citados en relación con su posibilidad de enajenación. Así, el artículo 329 superior, dispone que ‘[l]os resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable’, y el artículo 55 transitorio ídem, se ocupa de los bienes baldíos de las zonas rurales ribereñas de las Cuencas del Pacífico, y dispone que la propiedad reconocida sobre ellos a las comunidades negras ‘sólo será enajenable en los términos que señale la ley’. Este dominio privado, se encuentra regulado por el régimen jurídico que rige las relaciones entre particulares. El dominio público, por el contrario, y sin entrar en las diferentes tesis que origina la formulación de un criterio para determinar lo que es el dominio público, asunto que ha sido esbozado en varias sentencias proferidas por esta Corporación, lo constituye ‘el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad’. En esta categoría se encuentran los bienes fiscales, definidos en el artículo 674 del Código Civil como ‘[l]os bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión, o bienes fiscales’, denominados también bienes patrimoniales del Estado o de las entidades territoriales sobre los cuales se tiene una propiedad ordinaria sometida a las normas generales del derecho común. Los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata, como por ejemplo los edificios en que funcionan las oficinas públicas. Dentro de esta clase de bienes, también se encuentra lo que se denomina bienes fiscales adjudicables, que son aquellos que la Nación puede traspasar a los particulares que cumplan con las exigencias establecidas en la ley, como es el caso de los bienes baldíos. Ahora, los bienes de uso público propiamente dicho, que pueden ser por naturaleza o por el destino jurídico, se caracterizan por pertenecer al Estado o a otros entes estatales, estar destinados al uso común de todos los habitantes, y por encontrarse fuera del comercio, ser imprescriptibles e inembargables. Están definidos en la ley como aquellos que ‘su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio’ (art. 674 C. C.)” [sic]

⁷⁰ VELÁSQUEZ JARAMILLO. *Bienes*, cit., pp. 58 y ss.

Según lo dispuesto por el artículo 678 del código civil, el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes. Los bienes de uso público por expreso mandato constitucional son inalienables, inajenables e imprescriptibles⁷¹.

En el inciso tercero del artículo 674 se establece una categoría diferente de bienes contrapuesta a los de uso público y son los conocidos como bienes de contenido económicos del Estado. Indica la disposición que “[...] Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales”.

Estos bienes se caracterizan por estar en el comercio y en tráfico jurídico conforme a las reglas de orden público que los rijan. De conformidad con su conceptualización son bienes esencialmente enajenables; imprescriptibles; por lo general embargables; entre los principales bienes de esta categoría tenemos los siguientes: edificios públicos, oficinas públicas; predios del Estado o de las diferentes entidades públicas como cuarteles, fincas, minas; los dineros públicos, impuestos etc.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 18 de marzo de 2004. Exp 1750-01(AP). “Los bienes de uso público son inalienables, es decir, no se pueden negociar por hallarse fuera del comercio en consideración a la utilidad que prestan en beneficio común, por lo que, no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno. Esta característica tiene dos consecuencias principales: la de ser inajenables e imprescriptibles. La inajenabilidad significa que no se puede transferir el dominio de los bienes públicos a persona alguna; y la imprescriptibilidad, es entendida como el fenómeno en virtud del cual no se puede adquirir el dominio de los bienes de uso público por el transcurrir del tiempo, en el sentido que debe primar el interés colectivo y social, así, su finalidad es la conservación del dominio público en su integridad, toda vez que es contrario a la lógica, que bienes destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados. De esta forma, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4º, modificado por el artículo 1º, numeral 210 del decreto-ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades públicas. De otro lado, la misma Constitución Política define categóricamente el titular del derecho de dominio de los bienes públicos, dejando atrás la clásica discusión sobre la titularidad de los mismos, en la que unos afirmaban que el propietario de los bienes de uso público era el pueblo y otros el Estado.” [sic]

Ahora bien, un análisis en contexto del régimen jurídico colombiano sobre el régimen de los bienes públicos, nos permite sostener, para todos los efectos del presente trabajo, que se observa una gran regla general, según la cual, los mismos hacen parte del dominio público en la modalidad de bienes de uso público, y una regla de excepción respecto de los mismos según la cual se admite eventos y posibilidades de propiedad privada, casos estos últimos de todas maneras circunscritos por vía del artículo 58 constitucional al cumplimiento de una función restrictiva a favor de la función social y ecológica que esos bienes deben soportar en beneficio y favor de la comunidad.

Para estos efectos resulta importante destacar el contenido de los artículos 166 del Decreto 2324 de 1984; 80 y 83 del código nacional de recursos naturales. En los términos de la primera disposición son bienes que hacen parte del dominio público a título de bienes de uso público, las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares⁷², quienes solo podrán ser titulares respecto de estos bienes de concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley, situaciones estas jurídicas que de ninguna manera les confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo⁷³.

⁷² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 11 de julio de 2003. Exp 8326. “La Constitución Política establece en el artículo 63 que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En el Decreto 2324 de 1984, ‘por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria’, y para efectos de su competencia, se definen así los bienes de uso público: ‘Artículo 166. Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo’. En relación con los bienes de uso público, la Corte Suprema de Justicia expresó: ‘Luego, ha dicho la Corte, los puentes y caminos así como las demás obras, (calzadas, canales, etc.), que se construyan por los particulares a sus expensas y en terrenos de su propiedad, no pasan al dominio de la Nación por el solo hecho de que sus dueños permitan que los habitantes de un territorio puedan libremente transitar, pasear, estacionarse o reunirse en esos sitios. Son éstos actos de mera facultad que de acuerdo con el artículo 2520 del C. C., no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna. Dicho en otros términos, lo que da a un bien el carácter de bien de la Unión de uso público o de bien público del territorio – para emplear una cualquiera de las expresiones de que se vale el inciso 2º del art. 674 del mismo C. C.-, no es solamente su afectación a un servicio público. Es necesario, además, que esa afectación o destinación, decretada por la autoridad, esté respaldada por un título de dominio sobre tal bien y a favor de la Nación misma. Lo contrario constituiría el más franco y absoluto desconocimiento del derecho de propiedad’ (G. J. LXXIV, pág. 797). Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente, Jorge Castillo Rugeles. 029-1999.” [sic]

⁷³ Decreto 2324 de 1984. “Artículo 166. Bienes de uso público: Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier

3.1.1.1. Algunos casos de concesiones y autorizaciones en relación con bienes públicos del litoral

Por su parte, las disposiciones citadas del código de los recursos naturales agregan que, sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas, sin distinción alguna, esto comprende las marinas también, son de dominio público, inalienables e imprescriptibles y además que cuando en el código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público (artículo 80). Se agrega de manera clara y contundente en el código que entre otros y salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescindibles del Estado: las playas marítimas, fluviales y lacustres, al igual que una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho⁷⁴

título a los particulares, quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo. [A]rtículo 167. Definiciones: Para todos los efectos legales se entenderá por: 1. Costa Nacional: Una zona de dos (2) kilómetros de ancho paralela a la línea de la más alta marea. 2. Playa Marítima: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal. 3. Bajamar: La máxima depresión de las aguas o altura mínima. 4. Terrenos de Bajamar: Los que se encuentran cubiertos por la máxima marca y quedan descubiertos cuando ésta baja. 5. Acantilado: El área localizada en la zona de costa adyacente al mar, desprovista de vegetación y con pendientes fluctuantes entre los 45° y 90° con altura variable.” [sic]

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 2 de septiembre de 2002. Exp. 6306. “De la confrontación de los textos transcritos (artículo 83, literal d, del Decreto Ley 2811 de 1974, artículo 14 del Decreto 1541 de 1978, artículo 719, 720 y 724 del Código Civil) se colige que, conforme lo anotó el Ministerio del Medio Ambiente al contestar la demanda, la modificación proviene directamente del artículo 83 literal d del Decreto Ley 2811 de 1974, que fue el que estableció la franja de hasta 30 metros, paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, que consideró como bienes inalienables e imprescriptibles del Estado, franja de la que no se ocuparon las citadas normas del Código Civil. De tal manera que lo que hace el acto acusado es desarrollar un texto legal, lo cual es materia propia del reglamento, y su alcance no es, como lo entendió la actora, extender el carácter de bien de uso público, más allá del cauce y la franja de terreno, pues su contenido es claro y coincide enteramente con el de la norma que reglamenta, en el sentido de precisar que hasta una franja de treinta metros de ancho de los suelos que forman los lechos o cauces de las riberas de los ríos, lagos o arroyos que permanentemente están al descubierto por desviación o desecamiento de las aguas, debido a causas naturales, no accederán a los predios ribereños. Cabe advertir que desde la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974 se dejaron a salvo los derechos adquiridos, esto es, los terrenos que se hubieren formado por el fenómeno de aluvión, antes de tal expedición que accedieron a las heredades ribereñas, los que no se consideran bienes inalienables e imprescriptibles, lo cual significa que pueden ser de propiedad privada.” [sic]

obviamente definidos de manera discrecional por las autoridades administrativas competentes de manera ponderada y proporcional atendiendo las circunstancias de cada caso (artículo 83), en estos aspectos ceñidos a los preceptos claros y protectores del texto constitucional respecto de los bienes de esta naturaleza⁷⁵.

De conformidad con lo dispuesto en diferentes textos legales los bienes de uso público pertenecientes al litoral pueden ser explotados directamente por el Estado o por los particulares mediando, por regla general, un claro sistema concesional o de permiso, según la terminología utilizada por el legislador, y por regla de excepción, de manera puntual, un esquema de autorizaciones, cuando eventualmente existe alguna titularidad privada o de contenidos subjetivos en relación con bienes del litoral. Al respecto son de aplicación para estos efectos, no solo las normas del Decreto 2324 de 1984, sino también la Ley 1.^a de 1991 sobre concesiones portuarias, la Ley 388 de 1997 y 810 de 2005 sobre ordenamiento del territorio, siempre orientados a un manejo con participación ciudadana y sobre todo sumidos en la concepción histórica en el derecho colombiano que las autoridades pueden, conforme a las normas referidas y a las urbanísticas que así lo dispongan, permitir determinados usos de los bienes de uso público⁷⁶, entre los cuales tenemos los siguientes:

⁷⁵ Constitución Política de Colombia. “Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación. [A]rtículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. [A]rtículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. [A]rtículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.”

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 3 de octubre de 2002. Exp 0132-01(AP). “[...] De otra parte, los bienes de uso público, conforme lo ha considerado reiteradamente esta Corporación, no solo a través de la Sala Contenciosa sino de la de Consulta y Servicio Civil, pueden ser dados en arrendamiento o en concesión o susceptibles de permiso para ejercer en ellos actividad comercial. Conforme se precisó en la última sentencia citada: ‘La destinación al uso común del espacio público puede ser reglamentada por la autoridad en el ejercicio de sus competencias policivas, pues esa reglamentación constituye un mecanismo para la protección de su integridad, de manera que

3.1.1.1.1. Concesiones para el uso y goce de bienes de uso público del litoral.

Para efectos de los bienes configuradores del litoral colombiano se ha previsto en el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984 que respecto de las playas, los terrenos de bajamar (en los términos de la reglamentación –art. 168) y las aguas marítimas, se pueden otorgar concesiones, permisos o licencias para su uso y goce, concesiones que incluyen determinado tipo de obras y construcciones necesarias y adecuadas para el fin propuesto por el solicitante y que a consideración del concedente no perturben o deterioren el medio ambiente⁷⁷. Las figuras autorizadas por el legislador en la norma en comento,

dicho uso puede, bajo ciertas circunstancias, ser limitado de acuerdo con la ley y los reglamentos administrativos, sin que ello constituya violación del artículo 82 constitucional [...].”

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-183 de 2003. “En relación con lo anterior, cabe advertir que la vocación de los bienes de uso público es su utilización y disfrute colectivo en forma libre, sin perjuicio de las restricciones que en beneficio del grupo social mismo, puedan ser impuestas por parte de las autoridades competentes, de ahí su carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables que les otorga el artículo 63 de la Carta. Con todo, no resulta contrario a la Constitución que sobre los bienes de uso público se permita un uso especial o diferente, por parte de la Administración, a través del otorgamiento de concesiones o permisos de ocupación temporal, sin que por ello se transmute el carácter de público de esa clase de bienes. Es decir, que el otorgamiento de esa concesión o permiso para un uso especial en bienes de uso público por parte de los particulares, no implica la conformación de derechos subjetivos respecto de ellos, por cuanto la situación que se deriva del permiso o de la concesión es precaria, en el sentido de que son esencialmente temporales y por lo tanto revocables o rescindibles en cualquier momento por razones de interés general. En ese orden de ideas se tiene que cuando bienes de uso público de la Nación, sean puestos en manos de particulares, no puede ser por ‘cualquier razón’, como lo contempla el numeral 3 del artículo 6 de la Ley 768 de 2002, sino únicamente en virtud de autorización de autoridad competente en la forma establecida en la ley. En efecto, el Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales, establece los ‘modos de adquirir derecho a usar los recursos naturales renovables de dominio público’, a través de permisos y concesiones temporales, como se dispone en el Título V del citado Decreto. Por otra parte, el Decreto 2324 de 1984, establece en el artículo 169 que la Dirección General Marítima y Portuaria podrá otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar, previo el cumplimiento de los requisitos que señala esa norma. Así mismo, el artículo 175 consagra dentro de los requisitos exigidos para autorizar el permiso, que al vencimiento del término para el cual se concede, se ‘reviertan a la Nación las construcciones’ y, se obliga al interesado a comprometerse a ‘reconocer que el permiso no afecta el derecho de dominio de la Nación sobre los terrenos, ni limita en ningún caso el derecho de ésta para levantar sus construcciones en cualquier sitio que considere conveniente’. Es decir, desde el punto de vista jurídico los bienes de uso público de la Nación, no pueden ser ocupados por los particulares legítimamente conforme a la Constitución, sino cuando se les hubiere otorgado licencia, concesión o permiso de ocupación temporal y, en consecuencia, la expresión ‘por cualquier razón’ contenida en el numeral 3° del artículo 6° de la Ley 768 de 2002, resulta inexecutable y, así lo declarará la Corte en esta sentencia. Conviene aclarar que si bien el artículo 679 del Código Civil, establece que ‘Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad de la Unión’, el artículo 177 del Decreto Ley 2324 de 1984 dispone que ‘La Dirección General Marítima y Portuaria no concederá permiso para construcción de vivienda en las playas marítimas [...], y el artículo 178 del

en nuestra opinión están haciendo relación técnicamente a formas diversas de actos graciosos y discrecionales o típicamente de concesión del poder público administrativo, tendiente a habilitar a otras personas para hacer uso de bienes de titularidad pública, es decir, que realmente no nos encontramos en las hipótesis del artículo en comento a posibilidades de autorización, sino de una especial modalidad de concesión pública que no genera derechos subjetivos de ninguna naturaleza, en donde lo único que está en juego para su uso y goce es un bien de uso público, pero que contiene en relación con los mismos una autorización, son entonces verdaderas concesiones autorizatorias. La jurisprudencia colombiana ha encontrado ajustado a la constitución este tipo de concesiones en los términos que la ley ha determinado y que se pasan a explicar⁷⁸.

mencionado decreto impone a los Capitanes de Puerto el deber de hacer respetar los derechos de la Nación en las playas, terrenos de bajamar y las aguas marítimas, para lo cual deberán enviar a la Dirección General Marítima y Portuaria 'un informe pormenorizado sobre las construcciones particulares que existan en tales terrenos, con indicación de las personas que las ocupen y su alinderación, con el objeto de solicitar al respectivo Agente del Ministerio Público que se inicie la acción del caso para recuperar los bienes que han pasado al patrimonio del Estado en virtud del artículo 682 del Código Civil'."

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1186 de 2004. "[...] 3. *El deber constitucional del Estado de velar por la protección del espacio público y por su destinación al uso común. Las playas marítimas como parte del espacio público. Derecho de carácter colectivo.* 3.1 El artículo 82 de la Constitución consagra como derecho de carácter colectivo el deber del Estado de proteger en su integridad el espacio público y garantizar su destinación al uso común. Agrega que la garantía del acceso de todos los habitantes del territorio al goce y utilización del espacio público prevalece sobre el interés particular. También establece la Carta que los bienes que conforman el espacio público son 'inalienables, imprescriptibles e inembargables' (art. 63), y que los bienes públicos pertenecen a la Nación (art. 102). Por ello, nadie puede apropiarse del espacio público para hacer uso de él excluyendo de su goce a las demás personas. Por consiguiente, es deber de las autoridades garantizar el uso común del espacio público. La Corte Constitucional se ha referido en numerosas sentencias al espacio público como derecho de carácter colectivo, pudiendo citarse recientemente, entre otras, las sentencias C-265 de 2002; T-084 de 2000; T-772 de 2003. Desde la breve perspectiva mencionada sobre el espacio público, se aludirá, también en forma sucinta, a lo pertinente a las playas marítimas. 3.2 Las playas marítimas son bienes de dominio público. Este punto que, en otras épocas pudo suscitar duros debates en nuestro país, en especial, cuando las grandes cadenas hoteleras internacionales o nacionales, establecidas en Colombia, quisieron que las autoridades les permitieran hacer uso exclusivo de las playas aledañas a sus hoteles, excluyendo de su uso y goce a personas distintas a las que estaban alojadas en sus habitaciones, fue claramente resuelto a favor del uso común de las playas, desde la perspectiva de que hacen parte del espacio público, y en virtud de ello, todas las personas pueden disfrutar de las mismas, con las restricciones propias de todo espacio público, en el sentido de que su uso no perturbe a los demás, ni que implique el abuso de los propios derechos (art. 95 de la Carta). Conviene mencionar lo expresado en la sentencia T-566 de 1992, sobre los bienes afectados al uso público y a las playas marítimas en particular y las características que se desprenden de esta naturaleza: '2. *Bienes afectados al uso público.* Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, *playas marítimas* y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma

La concesión que será otorgada mediante acto administrativo por la autoridad portuaria –Dirección General Marítima y Portuaria– implica el cumplimiento de una serie de compromisos por su titular como son los siguientes, según lo establece el artículo 175 del Decreto 2324 de 1984: que al vencimiento del término por el cual se concede el permiso reviertan a la nación las

directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. (se subraya) La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la ley 9ª de 1.984 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los *bienes de uso público del Estado*, tienen como característica ser *inalienables, imprescriptibles e inembargables* (artículo 63 de la Constitución Política). a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc. b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios. c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes³. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados.’ (sentencia T-566 de 1992). Este carácter de bien de uso público de las playas marítimas ha sido reiterado por la Corte en varias sentencias: T-095 de 1994, en la que señaló que las playas, como bienes de uso público, son inenajenables, inalienables, imprescriptibles e inembargables, según el texto del artículo 63 de la Constitución. En la sentencia T-605 de 1992, la Corte señaló que las playas marítimas ‘son bienes de uso público no susceptibles de apropiación por particulares. En este sentido, es ilícita la conducta de cualquier persona tendiente a apropiarse de porciones de playa mediante su cercamiento o prohibición de acceso.’ 3.3 No estando entonces en discusión el carácter de bien de uso público de las playas marítimas, surge la siguiente pregunta ¿se pueden obtener permisos para su uso y goce por parte de los particulares? La respuesta es si, porque una cosa es la prohibición de la apropiación por los particulares del espacio público y otra, que no se puedan conceder permisos para su uso, de acuerdo con las regulaciones legales, sin que implique para el interesado algún título del suelo o del subsuelo, que son de la Nación (art. 332 de la Constitución) Para el caso de las playas marítimas, el órgano competente de suministrar tales autorizaciones es la Dirección General Marítima, de acuerdo con el Decreto ley 2324 de 1984. En efecto, el artículo 166 establece: ‘Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones de este Decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo.’ El artículo 167 define qué se entiende por playa y el artículo 169 regula los requisitos para obtener concesiones para el uso y goce de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar.3.4 De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado el tema de la existencia del deber constitucional y legal en cabeza de las autoridades de preservar y garantizar el espacio público frente a los derechos fundamentales de las personas que, por alguna circunstancia, están utilizando el espacio público. La forma como se ha resuelto este asunto por parte de la Corte ha sido analizando en cada caso concreto la situación particular. Por ejemplo, si las autoridades han cumplido el debido proceso; si los afectados con la restitución del espacio público pueden invocar el principio de la confianza legítima; o si hay lugar a la reubicación, etc. Del análisis correspondiente, la acción de tutela, para estos casos ha prosperado o no. En otras palabras, no todas los procesos de restitución del espacio público utilizado por personas de escasos recursos, implican, *per se*, la violación de derechos fundamentales de los afectados, ni se adquiere por este mismo hecho derecho a la permanencia o a la reubicación.”

construcciones; que las construcciones se sujeten a las condiciones de seguridad, higiene y estética que determinen los planos reguladores o las disposiciones de Dirección General Marítima y Portuaria; reconocer que el permiso no afecta el derecho de dominio de la Nación sobre los terrenos, ni limita en ningún caso el derecho de está para levantar sus construcciones en cualquier sitio que considere conveniente; dar un fiador mancomunado y solidario o establecer a favor de la Nación Dirección General Marítima y Portuaria, póliza que garantice la observancia de las obligaciones contraídas y el pago de una cláusula penal que debe señalarse para el caso de incumplimiento. La cuantía será fijada teniendo en cuenta la categoría de la construcción y el sitio en que se levante, de conformidad con la reglamentación que sobre el particular se dicte⁷⁹.

Así mismo, cuando se trate de construcciones necesarias para el desarrollo de una actividad concesionada, la Dirección General determinará la extensión

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-183 de 2003. “[...] Del mismo modo, quien obtiene un permiso, licencia o concesión para levantar construcciones o edificaciones en bienes de uso público, habrá de atenerse a lo que en el respectivo acto que se lo concede se prevea en cuanto al destino de tales construcciones o edificaciones cuando expire el permiso, licencia o concesión, y, en todo caso, es claro que no podrá invocar derecho de retención sobre el bien de uso público para prolongar de esa manera la detentación del mismo, pues, se repite, el particular en esa hipótesis no tiene derecho alguno sobre el bien de uso público, ni aducir en ningún caso que se trata de mejoras a las que se refiere el Código Civil, pues no lo son de ese carácter dada la naturaleza de bienes de uso público sobre el cual han sido realizadas. Además, sería absurdo que la Nación que confiere la concesión, licencia o permiso, apareciera luego como deudora del particular para resultar gravada con el pago de mejoras como consecuencia de haber otorgado un derecho de ocupación temporal de un bien que conforme a la Constitución, sólo al Estado le pertenece. No resulta constitucionalmente admisible que aquel a quien se beneficia con la posibilidad de explotación económica de un bien de uso público mediante una ocupación temporal, se encuentre luego legitimado para obtener una contraprestación económica a cargo del Estado por construcciones o edificaciones que allí hubiere levantado, las cuales, como accesorias que son pertenecen al Estado. Si eso es así, con respecto a construcciones o edificaciones o cualquier mejora levantada sobre bienes de uso público por quien obtuvo en su momento un título precario para ello, con mucha mayor razón ha de concluirse que quien no tiene título distinto a ser un detentador de facto, carece también de razón jurídica para impetrar el ejercicio de un derecho de retención o para reclamar previamente a la restitución del predio indemnización alguna, pues el origen vicioso de su ocupación no puede conferirle ningún derecho frente al Estado. Lo procedente, al vencimiento del permiso, licencia o concesión, es la restitución del bien de uso público con lo que a él accede, la que habrá de obtenerse mediante el ejercicio de las acciones legales pertinentes por la autoridad pública que corresponda, si el particular voluntariamente no lo restituye. Y, cuando se trate de detentadores de hecho, la autoridad pública no tiene alternativa diferente a la de cumplir con su deber de ejercer las acciones previstas en el ordenamiento jurídico para obtener la restitución de los bienes de uso público al Estado, incluido todo lo que accede a ellos. En cualquiera de estas hipótesis, si el servidor público con competencia para el ejercicio de tales acciones las omite o dilata de manera injustificada, será responsable disciplinaria, penal y patrimonialmente conforme a la Constitución y a la ley.”

máxima utilizable cuando se trate del establecimiento de muelles, malecones, embarcaderos, diques secos, varaderos, astilleros, islas artificiales y otras construcciones similares.

3.1.1.1.2. Permisos para la construcción de vivienda en las áreas del litoral.

Quienes de acuerdo con la ley puedan explotar y desarrollar sus predios con construcciones, así podrán hacerlo, siempre y cuando, dicha actividad la desarrollen en sectores no sujetos a las prohibiciones de ley en la materia. De todas formas, conforme lo dispone el artículo 177 del Decreto 2324 de 1984 y 43 de la Ley 1.^a de 1991, está expresamente prohibido expedir licencias para construcción de vivienda en las zonas definidas como playas.

De darse estos presupuestos en los términos del artículo 101 inciso 3 de la Ley 388 de 1997, en áreas no prohibidas el curador urbano o la entidad competente encargada de ejercer la función pública de verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito, municipios o en el departamento de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, será la entidad encargada de otorgar las licencias de construcción que afecten los bienes de uso bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y previo el concepto técnico favorable de la Dirección General Marítima (Dimar), del Ministerio de Defensa Nacional.

3.1.1.1.3. Licencia de intervención y ocupación temporal de playas marítimas y terrenos de bajamar.

Según lo preceptuado en los artículos 12 y 13 del Decreto 564 de 2006, esta licencia configura una autorización otorgada por la autoridad municipal o distrital competente o por la autoridad designada para tal efecto por la Gobernación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen o complementen, para ocupar o

intervenir temporalmente las playas y zonas de bajamar, sin perjuicio de las concesiones cuyo otorgamiento le corresponda ya sea a la Dirección General Marítima (Dimar), o a la Superintendencia de Puertos y Transporte. Esta autorización podrá concederse siempre y cuando se garantice el libre tránsito a la ciudadanía y no se vulnere la utilización de las zonas de playas marítimas y terrenos de baja mar al uso común. Las licencias de intervención y ocupación del espacio público sólo confieren a sus titulares el derecho sobre la ocupación o intervención sobre bienes de uso público. A partir de la expedición de la licencia, la autoridad competente podrá revocarla unilateralmente por motivo de interés general, previa intervención del titular.

3.1.1.1.4. Permisos de exploración marina y costera.

Conforme lo establecen los artículos 181 y 182 del Decreto 2324 de 1984 es posible la exploración marina y costera o sea aquella que se hace en las playas marítimas, en aguas jurisdiccionales o en la plataforma continental por métodos geológicos, geofísicos u otros, incluyendo el método sísmico para descubrir y localizar petróleo, gas u otros minerales en cuya técnica de operación sea necesario o no el uso de explosivos. Así mismo la exploración sísmica o método de exploración geofísica en la cual se usan explosivos o descargas eléctricas. Para adelantar trabajos de exploración costera y sísmica submarina en las playas marítimas, en el mar jurisdiccional o en la plataforma continental de la República se requiere permiso de la Dirección General Marítima y Portuaria, previo concepto favorable del Ministerio de Minas y Energía y de la autoridad ambiental.

3.1.1.2. Algunas otras hipótesis de concesiones unilaterales altamente autorizatorias

3.1.1.2.1. Licencia de intervención y ocupación del espacio público.

El Decreto 564 de 2006 establece en su artículo 12 algunas modalidades adicionales de licencia o autorización de intervención y ocupación del espacio

público, las cuales de conformidad con el artículo 13 del mismo decreto solo confiere a sus titulares el derecho sobre la ocupación o intervención sobre bienes de uso público. A partir de la expedición de la licencia, la autoridad competente podrá revocarla unilateralmente por motivo de interés general, previa intervención del titular. Las licencias en cuestión son las siguientes:

3.1.1.2.2. Licencia de ocupación del espacio público para la localización de equipamiento:

Es la autorización para ocupar una zona de cesión pública o de uso público con edificaciones destinadas al equipamiento comunal público. Requieren de la expedición de este tipo de licencias los desarrollos urbanísticos aprobados o legalizados por resoluciones expedidas por las oficinas de planeación municipales o distritales o por dependencias o entidades que hagan sus veces, en los cuales no se haya autorizado el desarrollo de un equipamiento comunal específico. Los municipios y distritos determinarán el máximo porcentaje de las áreas públicas que pueden ser ocupadas con equipamientos. En cualquier caso, la construcción de toda edificación destinada al equipamiento comunal requerirá la respectiva licencia de construcción y solo podrá localizarse sobre las áreas de cesión destinadas para este tipo de equipamientos según lo determinen los actos administrativos respectivos.

3.1.1.2.3. Licencias de intervención del espacio público.

Por medio de esta licencia se autoriza la intervención del espacio público para los siguientes efectos:

- La construcción, reparación, sustitución, modificación o ampliación de instalaciones y redes para la provisión de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones; las autorizaciones deben obedecer a un estudio de factibilidad técnica, ambiental y de impacto urbano de las obras propuestas, así como de la coherencia de las obras con los Planes de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que los desarrollen. Se exceptúa de la obligación de solicitar

la licencia de que trata este literal, la realización de obras que deban adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias cuando la demora en su reparación pudiera ocasionar daños en bienes o personas. Quien efectúe los trabajos en tales condiciones deberá dejar el lugar en el estado en que se hallaba antes de que sucedieran las situaciones de avería, accidente o emergencia, y de los trabajos se rendirá un informe a la entidad competente para que realice la inspección correspondiente. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones establecidas en la ley.

- La utilización del espacio aéreo o del subsuelo para generar elementos de enlace urbano entre inmuebles privados, o entre inmuebles privados y elementos del espacio público, tales como puentes peatonales o pasos subterráneos. La autorización deberá obedecer a un estudio de factibilidad técnica e impacto urbano, así como de la coherencia de las obras propuestas con el Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen.

- La dotación de amoblamiento urbano y la instalación de expresiones artísticas o arborización. Los municipios y distritos establecerán qué tipo de amoblamiento sobre el espacio público requiere de la licencia de intervención y ocupación del espacio público, así como los procedimientos y condiciones para su expedición.

3.1.1.2.4. Autorizaciones en telecomunicaciones.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 1341 de 2009, en materia de telecomunicaciones las autorizaciones, salvo aquellas que por norma especial se hicieron por la vía contractual, se materializan mediante acto administrativo, para dos efectos específicos:

3.1.1.2.4.1. Habilitación general:

Habilitación general para la provisión de redes y servicios en telecomunicaciones, denominándose la autorización, precisamente, habilitación

general. En este sentido determina la ley que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

3.1.1.2.4.2. Permiso de uso espectro electromagnético:

Permiso previo y expreso de uso del espectro electromagnético, caso en el cual la ley, denomina al acto unilateral respectivo como permiso de uso del espectro electromagnético. El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la cobertura, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa.

Como epílogo del anterior análisis y presentación descriptiva, de la situación de esta primera hipótesis, de presencia de actos de contenido individual en la concesión de dominio público nacional, basta agregar que esta modalidad de concesión se admite en la doctrina y de hecho así lo asume nuestro ordenamiento jurídico básicamente para concesiones relativas al uso o eventual explotación de bienes inmuebles, más de difícil recepción en

tratándose de servicios públicos⁸⁰.

Entre nosotros tiene altos desarrollos, como se habrá podido observar de la relación de casos normativos expuestos, raramente reconociendo derechos subjetivos, constituyendo básicamente un mecanismo mixto, que habilita simplemente el uso de bienes, sin que, como se ha dejado anotado, el mismo implique reconocimiento de derecho subjetivo alguno, en muchos de los casos vistos, de donde se marca una diferencia radical con la simple concesión y, sobre todo, con la concesión de servicios públicos o de ejecución de obra pública, en donde, lo obvio y evidente es la generación de derechos subjetivos a los concesionarios a partir del título habilitante correspondiente –el contrato– y no propiamente el reino de la precariedad.

3.1.1.3. Algunos casos en la legislación nacional de concesiones autorizatorias por la vía contractual. Excepción a los casos de concesiones administrativas unilaterales

Ahora bien, dada la falta o carencia absoluta de una línea de acción normativa, en estos asuntos de las concesiones y autorizaciones en relación con el dominio público, se observan en el derecho nacional algunas situaciones en donde el legislador ha previsto la habilitación para su explotación por la vía contractual, entre estas hipótesis destacamos las siguientes:

3.1.1.3.1. Concesiones portuarias.

En los términos de la Ley 1.^a de 1991, artículos 5.2, 6.^o y 8.^o, la concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen

⁸⁰ FERNÁNDEZ ACEVEDO. *Las concesiones administrativas de dominio público*, cit., pp. 84 y ss.

los puertos. Todas las sociedades portuarias, oficiales, particulares o mixtas requieren de una concesión para ocupar y usar en sus actividades, playas y las zonas de bajamar y zonas accesorias de aquéllas o éstas. El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por períodos hasta de veinte años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos. Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquélla.

3.1.1.3.2. Concesiones mineras.

En los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley 685 de 2001, código de minas, el título o la habilitación minera, lo es contrato de concesión minera, el cual, una vez debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional, habilita para constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal. El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.

3.1.1.3.3. Concesiones petroleras.

Si bien es cierto que no tienen esta denominación en el régimen normativo (Decreto 1760 de 2003 y sus normas reglamentarias), se deduce que materialmente son verdaderos contratos de concesión los existentes en el país para la exploración y explotación de hidrocarburos, a esta conclusión se llega

además, no solo del análisis de las políticas públicas adoptadas por el gobierno en relación con la materia, sino, también, y de manera principal, de la evaluación de la forma como se han estructurado los respectivos contratos, que tienen por objeto otorgar exclusivamente a el contratista el derecho de explorar el área contratada y de explotar los hidrocarburos de propiedad del Estado que se descubran dentro de dicha área. El contratista tendrá derecho a la parte de la producción de los hidrocarburos provenientes del área Contratada que le corresponda. El contratista en ejercicio de ese derecho, adelantará las actividades y operaciones materia del contrato, a su exclusivo costo y riesgo, proporcionando todos los recursos necesarios para proyectar, preparar y llevar a cabo las actividades y Operaciones de Exploración, Evaluación, Desarrollo y Producción, dentro del área Contratada.

3.2. Concesiones administrativas unilaterales constitutivas

En cuanto a la segunda hipótesis de concesión administrativa unilateral se refiere, observamos que se caracteriza, desde el punto de vista sustancial, por el hecho de que los actos administrativos que se profieren involucran realmente claros negocios jurídicos, que tienen como objeto específico la explotación de bienes de titularidad pública o la prestación de servicios, adscritos normativamente al Estado para su explotación o prestación a través de la administración pública, pero que por razones discrecionales definidas por la administración, se radican en cabeza del particular, por vía de una decisión unilateral, que de todas maneras está condicionada a la aceptación del destinatario de la misma, lo que implica, de todas formas, como lo advertimos a propósito de la primera hipótesis analizada, la identificación de un interés subjetivo por el particular y la consecuente aprobación por éste, para asumir la explotación o prestación correspondiente, lo cual, definitivamente, marca una profunda diferencia con la teórica ordinaria de los actos administrativos de contenido individual, en la medida en que no se trata de verdaderas imposiciones unilaterales, sino de decisiones consensuadas, dada las características particulares de este tipo de decisiones⁸¹.

⁸¹ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 1054.

Bajo este entendido, y en estricta coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho, el trámite de cualquier tipo de procedimiento de esta naturaleza debe estar precedido del cumplimiento y satisfacción estricta y plena de los criterios metodológicos de la ponderación, proporcionalidad, razonabilidad y de los principios de transparencia, planeación, participación, previsibilidad, del respeto profundo al interés público o general, que hagan de su estructuración un ámbito de respeto permanente a los intereses de la comunidad, sin agredir la iniciativa privada, entendiendo entre otras cosas, que si se trata de un mecanismo realmente concesional y de contenido económico, los modelos y fórmulas económicos deben definirse previamente de manera técnica y en consonancia con las reglas y exigencias enunciadas. Lo unilateral de la decisión, no puede convertir el procedimiento utilizado, en un campo de libertinaje y arbitrariedad de la administración.

4. EL CONCEPTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN Y SU VINCULACIÓN DIRECTA CON LAS CONCESIONES DE SERVICIOS Y DE OBRA. EL CONCEPTO OPERATIVO ADOPTADO PARA EL PRESENTE TRABAJO O CONCEPCIÓN UNÍVOCA DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

El contrato estatal se configura, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, como el instrumento más importante y expedito, en la hora actual de nuestras instituciones constitucionales y administrativas, para hacer viable los propósitos concesionales, en su doble connotación de concesiones de servicios públicos⁸², y de concesiones de obras públicas, o para la ejecución de la necesaria infraestructura que reclama el desarrollo económico nacional⁸³;

⁸² BARBARA MANELI. *Servicio pubblico e concessione*, Milán, Giuffrè, 1998; MARÇAL JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, Sao Paulo, Dialéctica, 2003; MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, tomo III-B, cit.; HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos*, tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1979.

⁸³ RUIZ OJEDA. *La concesión de obra pública*, cit.; FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Montecorvo, 1998; PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. *Ejecución y financiación de obras públicas*, Cizur Menor (Navarra), Fundación Caixagalicia, Thomson-Civitas, 2006; GUASCH. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlas bien*, cit.; VILLAR EZCURRA. "La construcción y financiación de las infraestructuras públicas", cit., p. 79;

modalidades, que no obstante, la diferencia que de ellas hacen algunos ordenamientos⁸⁴, se encuentran ligadas por un mismo destino y sendero histórico, dado el carácter prácticamente complementario de los objetos que ambas persiguen para la satisfacción de las necesidades de la comunidad⁸⁵; objetos que, en muchos casos son articulados en los modelos financieros y económicos, estructurados, para atender, por la vía del contrato, las necesidades de la comunidad, en procura de ofrecer respuestas integrales en relación con las mismas, generando una muy interesante comunidad jurídica y financiera, que invita a un análisis en conjunto de ambas instituciones, sobre el entendido de que genéricamente, no son otra cosa, que elementos coadyuvantes para la debida y adecuada prestación de los servicios públicos⁸⁶, que dicho sea, no se agota, en meras prestaciones, sino también, en la ejecución de las obras que sean necesarias, para el debido cumplimiento de

GASPAR ARIÑO ORTIZ. "Infraestructuras: nuevo marco legal", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* (Redeti), n.º 10, 2001, p. 59.

⁸⁴ Ley 30 del 30 de octubre de 2007. Ley española de contratos del sector público.

"Artículo 7. Contrato de concesión de obras públicas. 1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido: La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material. Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales. 3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos."

"Artículo 8. Contrato de gestión de servicios públicos. 1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante. 2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública [...]."

⁸⁵ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 1054.

⁸⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. *Ejecución y financiación de obras públicas*, cit., pp. 130 y ss.

los servicios público⁸⁷.

Lo anterior no significa que neguemos la posibilidad de que estas dos figuras no se den, de manera independiente o autónoma, en la realidad contractual del Estado. Todo lo contrario: se acepta que es posible y, por lo demás, común su presencia en el tráfico jurídico de esta tipología contractual. Lo que sucede es que también es posible y, por qué no decirlo, de la mayor usanza administrativa, dada la complejidad de la problemática pública, que las dos figuras se hagan acompañar de manera complementaria^{88/89}.

Esta situación no es contraria a derecho, ni rompe en forma alguna con los principios generales de la contratación pública. Todo lo contrario: llama de manera urgente a depositar el máximo de atención, por parte de los intérpretes, y sobre todo por la doctrina, en búsqueda de la definición y solución adecuada a los múltiples problemas e interrogantes que de esta situación negocial surgen de manera permanente, sobre todo en lo que respecta a su debida y coherente estructuración de conformidad con los fundamentos derivados de las cláusulas constitucionales del Estado social y democrático de derecho, en articulación con el postulado de la libre empresa.

En el derecho nacional este planteamiento no ofrece mayor dificultad, si se tiene en cuenta que, conforme a lo expuesto en el inciso primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁹⁰, la regla general que domina en la ley de contratación de la administración pública es la de la atipicidad contractual, esto es la de la

⁸⁷ En este sentido nos apartamos de ciertos sectores doctrinales que pretenden obtener una pureza en los negocios del Estado, postulando una tipicidad estricta éstos mismos, en beneficio de la dogmática contractual pero en detrimento de la dinámica que requiere la administración para enfrentar las cada vez más variadas e impredecibles necesidades públicas, tanto en servicios como en infraestructura, para atender precisamente los servicios públicos. Véase GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 362.

⁸⁸ ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos*, tomo II, cit., p. 17.

⁸⁹ ARIÑO ORTIZ. "Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti)*, n.º 22. 2005, p. 57.

⁹⁰ Ley 80 de 1993. Art. 32. "[...] De los Contratos estatales: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, 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 a continuación: [...]".

libertad estructuradora de los negocios públicos, por parte de la administración, de acuerdo con las necesidades que les corresponda atender, sin que necesariamente éstos coincidan con alguna de las modalidades o tipos específicos de negocio jurídico, de los que a título enunciativo establece la misma ley de contratos.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁹¹, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consista en *“la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien”*, diferente de un simple contrato de obra⁹², esto es, reuniendo los demás requerimientos del artículo en comento para ser calificado como de concesión, y cuyo propósito sea el de atender una necesidad de la comunidad; así mismo, de manera autónoma, es posible encontrar en el mismo tráfico jurídico, simples contratos de concesión de servicios públicos, cuyo objeto no trascienda más allá de la *“prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público”*.

Sin embargo, y en esto se observa el carácter abierto y de objeto plural del modelo concesional adoptado en la legislación de contratos públicos nacional, es perfectamente posible y válido, que surjan contratos de concesión que

⁹¹ Ley 80 de 1993. Art. 32 num. 4. “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.”

⁹² Ley 80 de 1993. Art. 32 num. 1. “Contrato de obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la 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.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o públicos, 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.”

conjuguen ambas hipótesis, esto es, ejecutando obra pública en la perspectiva del servicio mismo, lo que denota, efectivamente, que en la legislación nacional de los contratos estatales, la obra pública, no es una cuestión que pueda desecharse para efectos de la estructuración de negocios de concesión de servicio público.

Establece de manera precisa la disposición, que también, es objeto posible de la concesión, “[...] *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 [...]*”, lo cual, aunado, al hecho irrefutable de la libertad estructuradora de la administración en estos aspectos, nos permite concluir, que el servicio público concesionado, puede también hacer referencia y comprender objetos típicamente de obra pública, sin que esto desnaturalice, a la luz de nuestro ordenamiento, el concepto de contrato de concesión de servicios públicos.

De esta forma y conforme a los argumentos expuestos, el concepto de contrato de concesión de servicio públicos, que se abordara en el presente trabajo, incorpora irremediamente el de obra pública, sobre todo, cuando es a partir de la explotación propia de los bienes generados por las obras públicas contratadas⁹³, como se puede financiar, en todo o en parte, de conformidad con los modelos financieros adoptados, los grandes proyectos de infraestructura, luego el servicio público, la actividad prestacional correspondiente, no se puede desligar en manera alguna, si constituye un factor o elemento financiero destacable en la financiación de la obra⁹⁴.

⁹³ JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 495 y ss.; ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos*, tomo II, cit., p. 17.

⁹⁴ Ley 105 de 1993. Art. 30. “Del contrato de concesión. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

”Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia.

”La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. La variación de estas reglas sin el consentimiento del

Por lo tanto, el concepto operativo de concesión de servicios públicos, adoptado para el presente trabajo, y que determina el título del mismo, obedece a profundas razones de carácter jurídico, que se recogen desde la perspectiva de una concepción unívoca del mencionado contrato para efectos de formular algunos de los principios y reglas que la administración pública debe aplicar de manera imperativa, con el propósito de sustraer todo proyecto concesional de esta naturaleza de los tentáculos de la arbitrariedad y del subjetivismo político de los gobernantes.

II. LA BÚSQUEDA INCANSABLE DE LA ARTICULACIÓN ADECUADA DE LA CONCESIÓN EN LAS BASES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. FINALIDAD Y OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro de este contexto de profundas dificultades jurídicas y de necesidad de una clara hermenéutica tendiente a ofrecer respuestas adecuadas a los conflictos y situaciones que afectan la estructuración de los contratos de concesión de servicios públicos, es procedente indicar, entonces, que el objetivo principal de este estudio consiste en analizar y proponer la aplicación efectiva de los contenidos materiales derivados de los principios constitucionales del Estado social y democrático de derecho, en su

concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable. En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

"Parágrafo 1º. Los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado [...].

"Parágrafo 3º. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión [...].

"Artículo 33º. *Garantías de ingreso.* Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial." [sic]

interrelación con la libertad económica y de empresa, a la estructuración de las concesiones de servicios públicos.

Se busca, ante todo, delimitar, a partir de estos presupuestos normativos de carácter superior, el ámbito de acción y, por lo tanto, los senderos necesarios y adecuados a que está sujeta la administración pública, para la debida ideación y objetiva y eficiente formulación de los proyectos de concesiones que habrán de regir, de manera técnica, el desarrollo de esta actividad prestacional, fundamental para los intereses generales.

Se busca generar un espacio de reflexión en torno a los imperativos materiales relativos a la planeación y estructuración de la concesión de servicios públicos, en aras de limitar la arbitrariedad administrativa y la improvisación en la concepción de los proyectos concesionales, al igual que, establecer los límites adecuados, ponderados, razonables y proporcionales a los que debe reconducirse el individualismo económico, que busca espacios determinantes en la sustentación del servicio público por fuera de la articulación armónica que debe inspirar toda interpretación constitucional, basada en la convivencia entre Estado social y democrático y libertad de empresa. En esta dirección, el objeto de la investigación se orienta en lo sustancial a la consolidación del servicio público como vinculado al concepto de interés general, con todas las consecuencias que esta proclamación conlleva, respecto a los demás intereses de tratamiento igualmente constitucional.

Lo anterior resulta a todas luces lógico si tenemos en cuenta que los conceptos, normas y principios neoliberales trasladados al ámbito de los servicios públicos, en especial al instrumento de la concesión, generan una marcada tensión y un dilema profundo dentro del papel que deben cumplir los principios de solidaridad, democracia, participación y sobre todo los conceptos básicos del núcleo central de lo que constitucionalmente se entiende por Estado social y democrático de derecho.

Resulta innegable, además y como un ingrediente básico para la investigación que nos ocupa, reconocer que amplios sectores de la doctrina han puesto en duda la efectividad de las políticas neoliberales sobre todo en respuestas efectivas frente a los sectores de la población que requieren de mínimos vitales para su sobrevivencia⁹⁵, mínimos que teóricamente, bajo los presupuestos del servicio público clásico solo se logran, realmente a partir del mantenimiento de un régimen de titularidad, presencia estatal y participación activa de la administración en la prestación efectiva de los servicios públicos⁹⁶. Planteamientos estos que necesariamente inciden en las bases jurídicas del servicio, y por lo tanto, de la concesión pública y que en virtud de esto, deben ser entonces, objeto de claras propuestas a la luz de las bases sustentadores de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho, en vista de hacerla coherente frente a los postulados constitucionales de la libertad económica.

Se reitera por los detractores del modelo neoliberal, lo cual obviamente tiene claras e indubitables consecuencias jurídicas de interés para la presente obra, el carácter inequitativo y limitado en los alcances sociales del mismo⁹⁷, que realmente no brindan respuestas oportunas y adecuadas a la pobreza absoluta de grandes sectores de la población en países como los latinoamericanos⁹⁸, en

⁹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. "La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*", en RAP, n.º 38, mayo-agosto de 1962.

⁹⁶ EDUARDO SARMIENTO PALACIO. *El nuevo paradigma de la estabilidad, el crecimiento y la distribución del ingreso*, Bogotá, Escuela Colombiana de Ingeniería-Norma, 2005, pp. 371 a 393. Las políticas sociales en manos de los neoliberales han fracasado: "[...] En América latina, el número de pobres se incrementó y el gasto social aumentó en más del 50% [...]". Definitivamente, el alcance del concepto de lucro ha sido significativo en la configuración de limitaciones profundas a la solución de las necesidades de la comunidad. En palabras del autor, "[...] El lucro individual constituye una seria restricción para que los beneficios lleguen a los sectores más necesitados de la población [...]" (p. 371).

⁹⁷ JOSEPH E. STIGLITZ. *El malestar en la globalización*, Bogotá, Taurus, 2002, p. 81. El trípode austeridad fiscal, privatización y liberalización de los mercados, propuesto como política del FMI para el logro de la eficiencia estatal, se distorsionó en su ejecución pues aquéllos se convirtieron en fines en sí mismos, perdiendo en consecuencia su parámetro de medios para el logro del resultado esperado en materia de eficiencia pública que llevara al crecimiento equitativo y sostenible. "[...] Así las políticas fueron llevadas demasiado lejos y demasiado rápido, y excluyeron otras políticas que eran necesarias [...]". Puede consultarse EDUARDO SARMIENTO PALACIO. *Cómo construir una nueva organización económica. La inestabilidad estructural del modelo neoliberal. Elementos para un Estado estratégico*, Bogotá, Oveja Negra-Academia Colombiana de Ciencias Económicas-Escuela Colombiana de Ingeniería, 2000, pp. 97 a 117.

⁹⁸ SARMIENTO PALACIO. *Alternativas a la encrucijada neoliberal*, Bogotá, ECOE-Academia Colombiana de Ciencias Económicas-Escuela Colombiana de Ingeniería, 1998. Sobre las

detrimento de sus derechos fundamentales, en consecuencia la ausencia material y efectiva del concepto constitucional de Estado social de derecho.

Los dilemas y tensiones surgidos de las contradicciones entre las políticas, normas y principios neoliberales y la realidad social, económica y política de nuestras poblaciones nos invitan a reflexionar, desde la perspectiva jurídica, de ser posible, en torno a la coexistencia de interpretaciones económicas de los servicios públicos, con discursos de presencia administrativa inevitables, procurando consolidar un concepto de Estado social y democrático de derecho, en donde se garanticen de manera efectiva los derechos fundamentales de los habitantes mediante políticas sociales eficientes y eficaces⁹⁹ pero también, ponderadas, proporcionales y razonables, esto, a través, de la identificación sistemática de las bases sustentadoras del concepto constitucional del Estado social de derecho en su articulación con la libertad de empresa e iniciativa privada, y sus incidencias respecto de la estructuración de toda decisión relativa a la prestación de servicios públicos por la vía concesional.

En consecuencia, es por lo tanto objeto inmediato y finalidad indiscutible de esta investigación determinar las condiciones constitucionales bajo las cuales los mecanismos de acceso al servicio público, por lo menos los hoy admitidos bajo las nuevas concepciones de los servicios públicos, no se conviertan en

incidencias de las políticas neoliberales en sociedades inequitativas como las latinoamericanas, sostiene este autor que implican serios riesgos para las políticas del Estado de bienestar, en cuanto el neoliberalismo es una visión extrema del capitalismo que juega con las aptitudes y eficiencias que indiscutiblemente llevan a profundizar las desigualdades. El papel criticable de la concepción neoliberal de mercado o el gran fiasco del mismo y sus incidencias en nuestras economías resulta evidente y las consecuencias no se pueden esconder principalmente en temas como los de la distribución del ingreso y la equidad social (pp. 19 a 22). “[...] el mercado tiende a acentuar las desigualdades en cuanto favorece a los más aptos, que son los más eficientes [...] La liberación financiera significó altas tasas de interés que ha fortalecido el poder multiplicador del capital; adicionalmente trajo consigo el fortalecimiento de los grupos económicos que han empleado el sistema financiero para adquirir concesiones y adelantar operaciones especulativas. Por su parte la apertura comercial significó una fuerte competencia que lleva a reducir los salarios para mantener el equilibrio externo; en la práctica se manifiesta en caídas del salario real y altos niveles de desempleo, lo que determina la reducción de los ingresos laborales. En el producto nacional. Por último, las privatizaciones han significado la entrega de las empresas por debajo de su costo de oportunidad y el traslado de poderes monopolísticos que se emplean con fines de lucro individual [...]” (pp. 205 y 206).

⁹⁹ SARMIENTO PALACIO. *El nuevo paradigma de la estabilidad, el crecimiento y la distribución del ingreso*, cit., pp. 369 y ss.

mecanismos estructurados sobre bases antidemocráticas de inequidad, ausentes de ponderación, carentes de proporcionalidad, faltos de razonabilidad, derivados de condiciones sistemáticas de improvisación, libertinaje político, y sobre todo, desconocedores del ser humano como centro de su actividad prestacional.

Se busca básicamente hacer de los negocios públicos en materia de servicios, por lo menos los que aún subsisten bajo el régimen actual, al igual que de toda decisión unilateral respecto de los mismos, ante todo, una fuente de relaciones proporcionales entre comunidad y capital; democráticos, abiertos a la representación y participación de la comunidad en su estructuración, ejecución y liquidación, esto en cuanto el instrumento jurídico prestacional del servicio público no puede agotarse bajo las clásicas concepciones individualistas.

Se pretende ante todo demostrar que dentro del modelo constitucional moldeado a partir de las cláusulas del Estado social de derecho y de la libertad de empresa e iniciativa privada la concesión pública es ante todo un cauce del capital para propósitos sociales y no para la consolidación de monopolios arbitrarios e injustos frente a los intereses de la comunidad. Así las cosas, los dilemas y tensiones propuestos, pueden tener respuestas satisfactorias y positivas en aras de la solidaridad y las reivindicaciones de la comunidad.

En esta dirección y para estos propósitos, no podemos desconocer de manera dogmática los trabajos doctrinales de la teoría clásica de los servicios públicos, al igual que de la escuela del Estado social, vinculada de manera estrecha a las obligaciones sociales del Estado, procurando identificar, a partir de estos trabajos, los fundamentos básicos del interés general, con el fin de tomarlos como invaluable parámetros, generadores de fórmulas jurídicas sustentadoras de instrumentos de presencia estatal frente a los conflictos sociales y económicos de la población, mediante la garantía universal de prestación de los servicios, fórmula que hoy se preserva en el régimen jurídico colombiano de los servicios públicos, aunque obviamente sometida al empuje y la presión de las fuerzas de la economía del mercado y la iniciativa privada.

Es que sólo reconociendo los descalabros y desenfrenos del liberalismo capitalista clásico nos es dable entender y comprender en qué terreno y bajo qué condiciones el Estado tomó las banderas de la intervención pública, para rescatar y nivelar las condiciones de vida de la población a entornos dignos, atribuyéndose, por encima de cualquier consideración económica, la hegemonía en los servicios públicos y llegando a entenderlos como una atribución administrativa connatural a su existencia, por lo tanto, de responsabilidad directa, generadora de principios propios, inspiradores de un especial derecho administrativo.

Así mismo, sumiéndonos en el devenir de las instituciones administrativas, acrecentadas con la asunción paulatina de los servicios públicos, por parte del Estado, es como podemos razonar en torno a sus falencias y debilidades; a las supuestas ineficacias en la ejecución de políticas públicas oportunas y adecuadas, para la atención de las necesidades de la comunidad, y que llevaron a los teóricos neoliberales a destapar las bóvedas de la economía clásica para proponer como alternativa posible y viable, en sus opiniones, frente a la decadente y supuesta ineficiente prestación de los servicios públicos básicos, la economía de mercado y la libre competencia económica.

Conforme a las elaboraciones neoliberales, la iniciativa privada y la libre empresa, también pueden ofrecer soluciones válidas y eficientes a la población, asumiendo compromisos para con el interés general, en un contexto universal y de globalización, en donde el Estado, debe ser reducido al cumplimiento de funciones estrictamente necesarias¹⁰⁰, mudando en consecuencia los papeles de la administración pública frente a la comunidad, y de cara, igualmente, a los nuevos protagonistas de la prestación, los señores del capital, esto, mediante la regulación y el control¹⁰¹, tesis sin embargo, de

¹⁰⁰ ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, Fundación de Estudios de Regulación-Comares, 1999, pp. 549 a 604

¹⁰¹ PAREJO ALFONSO. "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos", en RAP, n.º 153 septiembre-diciembre de 2000.

aceptación no pacífica en la doctrina jurídica y económica, en consecuencia arduamente criticables.¹⁰²

El reconocer la presencia de estas construcciones neoliberales en el contenido normativo y jurídico de los servicios públicos no significa que aceptemos de manera alguna sus fundamentalismos ideológicos, llegando a retomar sus criticables postulados en torno a la desaparición del Estado y de la administración pública, ni mucho menos, aceptar como una verdad absoluta la muerte de los servicios públicos como función administrativa¹⁰³. Se trata, ante todo, de lograr un punto de consenso, entre Estado y sociedad, entre el carácter social y democrático del Estado y el respeto a la libertad de empresa e iniciativa privada, de la cual es garante la administración al estructurar las decisiones y los negocios con los cuales vincula a los privados a su actividad prestacional.

Se busca ante todo ser objetivo ante la realidad de las cosas, entendiendo que el gran compromiso de la administración pública, por lo menos bajo el régimen constitucional de 1991, es lograr altos grados de eficiencia en sus compromisos tendientes a la consolidación del Estado social y democrático de derecho, en especial en la satisfacción de necesidades básicas fundamentales relativas a los servicios que se reclaman por la comunidad para lograr niveles adecuados de convivencia¹⁰⁴, lo cual no puede perderse de vista en la estructuración de las concesiones públicas.

¹⁰² En torno a la crítica de la llamada concepción neoliberal del Estado y la economía con influencia en los servicios públicos puede consultarse: JORGE IVÁN GONZÁLEZ. “No hay falacia neoliberal”; DARÍO RESTREPO BOTERO. “De la falacia neoliberal a la nueva política” y LEOPOLDO MÚNERA RUIZ. “Estado, política y democracia en el neoliberalismo”, publicados en *La falacia neoliberal. Críticas y alternativas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003; CONSUELO AHUMADA. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Áncora, 2000.

¹⁰³ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, tomo I, Los fundamentos, Madrid, Civitas, 1998, p. 17.

¹⁰⁴ LEÓN DUGUIT. *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 47. Sobre este postulado de los fundamentalistas neoliberales, en torno a la desaparición del Estado y de la administración, bien vale la pena recordar lo que DUGUIT les respondió a los también fundamentalistas del marxismo a propósito del mismo problema, que coincidentalmente los acerca, en el prefacio a la tercera edición francesa a *Las transformaciones del Estado*, Burdeos, agosto de 1921: “[...] Puede soñarse una sociedad en que no haya autoridad política. Pero semejante sociedad, ¿ha existido nunca? ¿Podrá jamás existir? No cabe duda de que, respondiendo a una fórmula de J. J. Rousseau, si hubiera un

La tensión doctrinaria debe resolverse, entonces, aplicando principios y conceptos constitucionales, mediante los cuales se reconduzca ponderada, proporcional y razonablemente los elementos extremos nocivos a la convivencia pública, se consolide la solidaridad en la base conceptual del servicio en cuanto elemento conceptual fundamental dentro del Estado social y democrático de derecho, se acepte, como lo hace la Constitución Política, la posibilidad de que el privado también colabore en la consolidación de los propósitos estatales de manera racional y proporcional y no sumido en lucros desproporcionados.

Lo anterior significa que este dilema se resuelve en parte admitiendo bajo la fórmula anterior que el régimen jurídico actual de los servicios públicos desarrollado en leyes, reglamentaciones y regulaciones se funda en consideraciones ideológicas diversas.

Esta la razón por la cual, por lo menos para el caso colombiano de los servicios públicos, identificamos un especial régimen jurídico de naturaleza mixta, con origen y fundamento directo en el texto de la Constitución Política, influido tanto por la concepción clásica administrativa de los servicios como por los trabajos recientes de las corrientes neoliberales que proponen una nueva sistemática para los mismos, con características y particularidades radicalmente diversas a las que vivió el derecho nacional durante muchas décadas, es decir, que proponen una ruptura cualitativa frente a lo que conocíamos en servicios públicos. De la Constitución Política de 1991 y de sus desarrollos legales se desprenden indiscutibles principios y normas de contenido jurídico en una y otra dirección¹⁰⁵.

pueblo de dioses, este pueblo podría vivir sin gobierno. Pero el caso es que estamos en la tierra y no en el cielo, y en las sociedades terrestres la existencia de un gobierno político es indispensable. Ciertamente es que trae muchos males; pero si los hubiera, los males serían mayores [...]. Dicho se está que semejante tiranía no podrá instituirse jamás [...] y añadido que es imposible en todo país que ha llegado a la posesión del puro concepto de la democracia [...].”

¹⁰⁵ SARMIENTO PALACIO. *Alternativas a la encrucijada neoliberal*, cit. La consagración del mercado como el instrumento para la solución de todos los problemas ha relegado al Estado a un segundo plano bajo la percepción ritualista de esta ideología. Esta la razón por la cual las normas constitucionales y legales desarrolladas a propósito de los servicios públicos son el producto de lecturas constitucionales y desarrollos legales inadecuados. En consideración del

Esta solución al dilema de la naturaleza jurídica de los servicios públicos en el derecho colombiano y la tensión doctrinal consecuencia ha sido objeto de pronunciamientos diversos, muchos de ellos altamente inconsistentes, por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, de los cuales nos ocuparemos a lo largo del presente escrito. Sin embargo, se debe destacar de todas maneras, se admite, en una aparente línea consiste de interpretación, en ambas corporaciones, el reconocimiento de la naturaleza mixta de los servicios públicos en nuestras bases jurídicas fundamentales, sin que esto obste para generar cualquier clase de discusiones en torno al alcance y contenido de esta caracterización.

La tensión entre las fuerzas ideológicas de los servicios públicos resulta relevante y latente al momento de cualquier aproximación al estudio de sus contenidos y sobre todo a propósito de la estructuración de un concepto único y verdadero, o por lo menos jurídicamente puro y autónomo de servicio público en el derecho colombiano.

Un recorrido conceptual de la institución nos coloca en la posición de tener que aceptar, como lo hemos indicado anteriormente, la irrefutable realidad de su configuración mixta, a partir de la conjugación de conceptos ideológicos manifiestamente contrarios, los cuales en aras de la satisfacción de las finalidades propios del Estado social de derecho, corresponde armonizar necesariamente, porque tal como está visto en el derecho colombiano, ni siquiera las aproximaciones de la jurisprudencia de los altos tribunales ha logrado darles una consistencia propia, adecuada y óptima a estas dificultades

autor, si tomamos el artículo 333 constitucional se observa que tras el postulado de los derechos a la competencia y la libertad económica se introduce la facultad estatal para su delimitación en aras del interés general. Sin embargo, al estudiar la legislación sobre la materia se observa que “[...] En la práctica las cosas han evolucionado en forma distinta. En una inadecuada interpretación de las normas constitucionales, en los últimos años ha proliferado una serie de leyes en las cuales se magnifica el derecho a la competencia, sin condicionarla o limitarla al bien común [...]. Veamos ahora la situación alarmante de los servicios públicos. En desarrollo de las normas constitucionales, la ley 142 revoca todas las anteriores y proclama el principio de la competencia, y la libertad económica, independientemente de sus resultados [...]”.

conceptuales, que afectan no solo el concepto mismo de servicio público, sino también las incidencias del mismo en el de concesión pública.

De todas maneras las tensiones y dilemas doctrinarios también obtienen una respuesta de la Corte Constitucional, a partir de la identificación de las finalidades estatales y por lo tanto de los supremos propósitos que deben dominar a todos los operadores y autoridades vinculada al tema de los servicios públicos. Para esta Corporación, la concepción sobre los servicios públicos establecida en la Carta de 1991, es esencialmente finalística, por lo tanto su razón de ser está dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República, incluso cuando su prestación corresponda a particulares bajo esquemas de libertad económica y economía de mercado.

En este sentido, se definieron las que en nuestra opinión constituyen las más claras bases del sistema de los servicios públicos en el derecho colombiano, resaltando a la persona como el destinatario natural y último de los servicios públicos, asumiendo una posición social, lo que nos permite sostener que la esencia de los mismos no ha sido modificada y que continuamos sumidos en un régimen profundamente comprometido con los intereses de la comunidad, independientemente del régimen jurídico aplicable¹⁰⁶.

Los anteriores planteamientos doctrinales se inspiran en las bases sustentadoras del Estado social y democrático de derecho, definidos por el constituyente de 1991. Para la Corte, nuestro sistema de principios y valores, esto es, la más amplia y consistente base sobre la cual se soporta la Carta

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540 de 1992. “[...] La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca, sino la de ciudadano-servidores públicos. El contenido filosófico-político de la noción de servicios públicos trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado, cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros [...]”.

Política de los colombianos, reconoce a la comunidad como el centro de toda la actuación del Estado y de los particulares. Prácticamente la comunidad pasa a configurar un fin en sí mismo, para quien asuma las responsabilidades en servicios públicos, con el propósito de defender su dignidad de sus integrantes, al igual que los intereses y derechos colectivos que le asistan.

El carácter finalístico de los servicios públicos y su inevitable proyección sobre la comunidad, es un fenómeno inherente indiscutiblemente a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente, es decir, por más que se quiera en derecho colombiano, el Estado siempre tendrá responsabilidades relacionadas con los mismos, así no sea su operador o prestador directo, exigencia que debe dominar cualquier proceso concesional¹⁰⁷.

Estos planteamientos resultan a todas luces coherentes con los postulados del artículo 365 constitucional, en cuanto que de esta disposición se deduce, sin mayores esfuerzos, que los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado social de derecho colombiano, que buscan servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; de aquí, entonces, la persistencia doctrinal de entenderlos como indisolublemente ligados al concepto de interés general, base ideológica de la cual nuestros constituyentes no se desprendieron al redactar la Carta Fundamental del Estado en 1991.

En Colombia, independientemente de las discusiones sobre el papel de la iniciativa privada en la gestión y prestación de los servicios públicos, resulta de la mayor claridad que el Estado conserva poderes de dirección, control, regulación e inspección de trascendencia en defensa de los intereses de la comunidad¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263 de 1996.

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 de 1997. Doctrina reiterada en las sentencias C-242 de 1997, C-493 de 1997 y C-444 de 1998, entre otras.

Bajo este contexto de profundas divergencias ideológicas y jurídicas, de todas maneras podemos sostener, por lo menos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, que el servicio público, no obstante los profundos cambios que en los últimos años se han producido en su fundamentación ideológica, con innegables repercusiones en sus contenidos normativos de ordenación y regulación, se mantiene desde el punto de vista constitucional como un concepto jurídico inherente a las finalidades sociales del Estado, que obliga y vincula a todos sus prestadores, con independencia de si son operados por particulares bajo esquemas moldeados a imagen y semejanza de la libre competencia económica, con sujeción a las reglas del mercado, o si de manera excepcional, tal como se admite en el texto constitucional, se operan bajo un régimen de monopolio público.

Además y como propuesta complementaria a lo expuesto, constituye finalidad y objeto de la presente investigación reformular el alcance del concepto de contrato estatal, tradicionalmente fundado en consideraciones individualistas que resultan absolutamente insuficientes, dado el sustento material derivado de los intereses generales y colectivos que inspira las relaciones negociales públicas.

En esta dirección se propone, en consecuencia, una revisión del carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato de concesión de servicios públicos, retomando el concepto bajo criterios objetivos garantes de los intereses públicos y, por lo tanto, absolutamente restrictivos de los márgenes subjetivos emanados de las aplicaciones de la normatividad privatista a la institución negocial pública. Bajo esta dirección se retoman los efectos en la construcción de un concepto de contrato estatal respecto de la previsibilidad del riesgo y de su equilibrio económico.

Para estos efectos se abordan principios básicos derivados de la misma estructura dogmática de la cláusula de Estado social y democrático de derecho como las de igualdad, planeación, discrecionalidad, ponderación, proporcionalidad y previsibilidad, fundamentales para efectos de las propuestas

correspondientes de adecuación del contrato del Estado al estado de cosas propuesto constitucionalmente.

III. LA CONSTRUCCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DEL ESTADO Y EN ESPECIAL LA CONCESIÓN PÚBLICA CON FUNDAMENTO EN LOS PRESUPUESTOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. HIPÓTESIS CENTRAL DE LA INVESTIGACIÓN

A lo largo de esta investigación intentaremos verificar la hipótesis de que necesariamente toda estructuración de los contratos públicos, de manera especial los relativos a la concesión de servicios públicos, está sujeta a los imperativos materiales derivados de los principios del Estado social y democrático de derecho, en su articulación con la libertad de empresa e iniciativa individual.

En este sentido, sostenemos y buscamos demostrar que el servicio público y, por lo tanto, la concesión propiamente dicha se encuentran necesariamente vinculados de manera estricta, en consecuencia irradiados integralmente, en los términos que establezca el legislador, de los postulados materiales derivados de los principios constitucionales del Estado social y democrático de derecho, los cuales se mantienen profundamente armonizados, desde el punto de vista jurídico, con las cláusulas de la libertad empresa e iniciativa privada, configurando una barrera de profundo blindaje, ante las arremetidas, mutantes del credo neoliberal, y por lo tanto deben reflejarse permanentemente en cualquier decisión unilateral o negocial relativa a su prestación, principalmente en relación con el contrato de concesión.

Siguiendo este orden de ideas, la investigación se fundamenta en la idea central de que los instrumentos jurídicos de acceso a la prestación del servicio público, como lo es esencialmente la concesión de servicios públicos, no son, en sí mismos, un simple instrumento formal y, por lo tanto, en su estructuración

deben haberse conjugado las múltiples variables que garanticen la prestación material del servicio bajo condiciones sociales aceptables constitucionalmente.

Significa este planteamiento que la concesión de servicios públicos se encuentra sujeta a las bases sustanciales de los principios generales de la contratación pública, en especial el de planeación, lo que compromete funcionalmente a las autoridades, en especial a las administrativas, en la estructuración, en consecuencia, en el diseño de las decisiones administrativas y contratos relativos al mismo, conforme a los propósitos del Estado social y democrático de derecho, con el fin de que realmente surjan dirigidos a la satisfacción de las necesidades sociales y que en su ejecución sean coherentes con estas fórmulas de nuestro ordenamiento jurídico.

El mecanismo concesional, como instrumento de acceso al servicio público, debe estructurarse, en consecuencia, sobre bases de proscripción a la arbitrariedad en todas sus expresiones y haciendo del servicio un ámbito realmente adecuado tendiente a la satisfacción sustancial de los intereses generales, lo que le imprime a las decisiones administrativas y a los negocios correspondientes, una sustantividad propia y una caracterización particular que permite diferenciarlos de simples decisiones de contenido subjetivo o de negocios sustentados exclusivamente en razones individualistas.

En esta misma dirección, significa para los concesionarios, como operadores o prestadores particulares de los servicios públicos, entender y asumir que si bien es cierto que nuestro sistema constitucional postula la libertad de empresa e iniciativa privada bajo condiciones y reglas del mercado, de todas maneras los conceptos rectores de la misma no se agotan de manera absoluta en el postulado de la autonomía de la voluntad sino que sus actividades de por sí conllevan respuestas a necesidades colectivas, son en esencia actividades prestacionales de interés general, por lo tanto, sustancialmente alejadas de consideraciones jurídicas estrictamente subjetivas de corte individualista.

La concesión se torna, en consecuencia, por regla general, en un instrumento jurídico, de carácter unilateral o eventualmente negocial, altamente complejo, vinculado a las razones constitucionales de la economía y de los servicios públicos, inherentes, por lo tanto, al cumplimiento de las finalidades sociales del Estado, esto es, de necesaria construcción por fuera de marcos estrictamente individualistas, en cuanto que sus rasgos predominantes, y los imperativos de su naturaleza jurídica están dados bajo consideraciones de interés colectivo y social.

Este aspecto sustancial no puede ser desconocido en la estructuración de cualquier modalidad de concesión –*unilateral o contractual*– en aras de un equilibrio razonable, proporcional y ponderado, no solo en cuanto se relaciona con la regulación misma del servicio concesionado, en donde la ley y las decisiones generales de la administración, al igual que los antecedentes, motivaciones, y justificaciones previas del acto unilateral o del negocios propiamente dicho juegan un papel trascendente y vinculante, sino también frente a los intereses que el acto unilateral o el negocio puedan involucrar.

En este sentido, se debe destacar que toda concesión implica la interacción de intereses, sean estos los de la administración misma concedente, mediante acto unilateral o simplemente contratante, los de los beneficiarios o titulares de ella, sean contratistas o concesionarios, o los de la comunidad en general y, sobre todo, los de los terceros destinatarios de las prestaciones concesionadas o usuarios de los servicios concesionados, que si bien no ostentan bajo consideraciones clásicas del contrato la condición de parte, ni en muchos casos se hace alusión a ellos en los actos unilaterales de concesión, sí tienen, en virtud de la naturaleza de la relación inevitables vínculos jurídicos de especial consideración, significación, trascendencia y tratamiento que no pueden ser desconocidos en el diseño, planeación y ejecución de la concesión de servicios públicos.

Bajo estos parámetros, la caracterización de la concesión de servicios públicos, dentro de los marcos conceptuales del Estado social y democrático de

derecho, no puede agotarse en la idea clásica de su configuración formalista, a partir de la simple concurrencia de la necesidad de explotación o funcionamiento de un servicio público, por cuenta o a cargo de un empresario asumiendo éste, la plenitud de sus riesgos, a cambio de una remuneración en su beneficio con el fin de recuperar su inversión, retribución que debe ser soportada por los usuarios o por la misma administración. La concesión sustentada en las ideas del Estado social y democrático de derecho, es mucho más que esto: es compromiso social, es respuesta a las necesidades públicas mediante una adecuada política económica prestacional como deber, bajo la dirección de la administración pública.

No se puede tampoco, en aras de preservar nuestro Estado de derecho y el carácter social de las finalidades estatales, concebir la concesión de manera exclusiva en torno a los intereses básicamente de una de las partes, o exclusivamente de la administración, o los usuarios, bajo consideraciones paternalistas; ni mucho menos entenderlo como un fenómeno totalitario de la economía y del mercado, conforme a las elaboraciones de los teóricos libertarios del neoindividualismo.

La concesión implica todo un acervo de sustentos fundados en sustanciales razones de necesidad y conveniencia diseñados sobre marcos y principios que implican rechazo absoluto a la arbitrariedad y el subjetivismo. La concesión de servicios públicos conforme a los parámetros doctrinales e ideológicos del Estado social y democrático de derecho es un concepto jurídico de carácter material y sustancial, vinculado a lo social, bajo criterios de solidaridad, participación, proporcionalidad, racionalidad y ponderación, que determinan una clara, pero compleja institución, en donde cada uno de los elementos e intereses que entran en juego en su configuración, no pueden romper el equilibrio integral y razonable que demanda la satisfacción de las necesidades sociales. Cualquier desbordamiento a estos parámetros en la estructuración de la concesión de servicios públicos, al igual que en su ejecución, significa la consolidación de la arbitrariedad hiriente del contenido material del Estado social y democrático de derecho.

Así mismo y en consecuencia de lo anterior, se busca responder al interrogante, de si bajo el contexto del Estado social y democrático de derecho, en donde el contrato constituye un importante instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales, necesariamente el régimen jurídico del contrato debe corresponder a un modelo de estricto derecho administrativo altamente sustantivizado, o si por el contrario, resulta coherente con la esencia de este postulado constitucional, la coexistencia de un régimen de la contratación pública y del contrato estatal propiamente dicho, caracterizado por la interrelación inmediata y necesaria de subsistemas jurídicos pertenecientes al ámbito del derecho positivo, dentro de los que se destaca el comercial y el civil, conforme a las expresas remisiones que al respecto efectúa nuestra ley de contratación pública, y hasta qué punto, bajo un esquema de esta naturaleza, se diluye el concepto de interés público o general.

De ser así las cosas, responder, si bajo estas circunstancias legales, el concepto de contrato de Estado, coincide en lo material, con el contrato propiamente celebrado entre particulares, y si la estructuración del contenido de los mismos, se sujeta real y plenamente a principios propios e inspiradores de lo privado como lo es la autonomía de la voluntad.

En esta dirección determinar el alcance y consecuencias que en el contrato del Estado pueden tener fenómenos como los de lo sinalagmático y el de lo conmutativo, tan particulares a la caracterización de ciertos negocios privados, y dentro de estos, en especial, el alcance que en lo público puede tener el concepto de reciprocidad, si se tiene en cuenta que la coexistencia de subsistemas del derecho positivo como el comercial, civil y el propiamente administrativo, no niegan ni impiden en nuestro ordenamiento jurídico, por expresa remisión constitucional, la preservación de principios como los del interés público y general, y el de la previsibilidad en los asuntos públicos en especial en lo relativo a sus negocios estatal.

IV. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.

La investigación, en los términos expuesto, consta de una introducción, y dos partes, cada una de ellas divide a su vez, en dos capítulos. La introducción pretende ante todo abordar conceptualmente el alcance de la investigación, determinado lo que operativamente entendemos por concesión administrativa, como instrumento de intervención económica del Estado, y sus diferencias, con otros instrumentos, igualmente importantes y trascendentes del fenómeno interventor, como lo es, la autorización administrativa, y toda la conceptualización vinculada con la misma, es decir, lo que corresponde a permisos y licencias. En relación con este aspecto, se fija y determina lo que podría catalogarse como la posición o distancia que en el derecho nacional se ha evolucionado de frente con la doctrina clásica en la materia.

Concluye al acápite introductorio, con la fijación conceptual, igualmente operativa, en relación con el alcance del marco concesional propuesto, y su ubicación dentro de los instrumentos de acción administrativa – actos administrativos, contratos estatales – entroncando las concesiones de dominio público, dentro de los esquemas procedimentales de las actuaciones unilaterales, y los de obras públicas y servicios públicos, bajo el manto de las actuaciones bilaterales. Se define por último, el alcance del concepto de contrato de concesión de servicios públicos, objeto de la investigación, a partir de su necesaria comprensión e inevitable articulación con el contrato de concesión de obra pública.

La primera parte, es esencialmente conceptual y propositiva, aborda la concesión pública en el ámbito de las tensiones derivadas de la conceptualización del servicio público. Comprende un primer capítulo, que se dedica al debate entre servicio público y concesión a la luz de las teorías clásicas de Duguit, Jéze y Hauriou, acompañado de las construcciones doctrinales en relación con el concepto de Estado social y democrático de derecho, para lo cual se acude al acervo doctrinal de los teóricos alemanes en especial Hermann Heller, al igual que de Ernst Forsthoff y demás teóricos

sustentadores de esta gran construcción. De manera paralela se tratan los aportes de las concepciones neoliberales al debate del servicio público y la concesión a partir de los grandes cultores de esta senda doctrinal, básicamente Hayek y Friedman y sus diferentes seguidores en el ámbito de lo jurídico.

El segundo capítulo nos ofrece la problemática de la concesión y el servicio en la perspectiva histórica y jurídica nacional, partiendo de los antecedentes en el periodo formativo del Estado colombiano de profunda inspiración individualista, hasta su ruptura, a partir de la influencia de Duguit en la década de los treinta del siglo pasado. El capítulo se culmina con el análisis constitucional de los servicios públicos a partir de las diversas posturas y lecturas que se pueden desprender, a partir de las diversas posiciones ideológicas en relación con el tema.

Esta primera parte culmina con un profundo acervo de propuestas y soluciones a los problemas jurídicos formulados en el acápite introductorio. Propuestas diseñadas a la luz de la interacción material entre Estado social y democrático de derecho y libertad de empresa e iniciativa individual, que buscan ante todo, ajustar a estas bases constitucionales, el contenido material de toda estructuración de los contratos de concesión de servicios públicos. En síntesis, se propone la reconsideración del concepto de contrato estatal, bajo una fórmula conciliadora y amplia, en donde se le da cabida al interés general, reconduciendo los aportes de los ordenamientos individualistas, como el civil y el comercial, por los senderos de lo público; se reconoce, no obstante, los peligros que, bajo manipulaciones subjetivistas, el criterio metodológico de la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad puede ofrecer, como un instrumento adecuado para la determinación del contenido de los principios rectores de la estructuración del negocio de concesión, tales como los de planeación, previsibilidad, transparencia etc.

La segunda parte, que comprende así mismo dos capítulos, desarrolla de manera concreta las propuestas anteriores en el contrato de concesión de servicios públicos. Se ocupa del estudio de cada uno de los componentes

trascendentes del mencionado negocio con el propósito de medir su aplicabilidad real y efectiva en el ámbito de la contratación pública nacional. En el capítulo segundo, se estudian las consecuencias de toda contratación de concesión de servicios públicos nugatoria de las propuestas que se ofrecen.

PRIMERA PARTE
LA CONCESIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LAS TENSIONES
DERIVADAS DE LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL SERVICIO
PÚBLICO.

CAPÍTULO I
EL SERVICIO PÚBLICO Y LA CONCESIÓN: UN GRAN DEBATE

I. EL SENDERO DIFÍCIL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y SUS INCIDENCIAS EN EL FENÓMENO CONCESIONAL. ¿EL ENCANTO DE UNA NOCIÓN AÑORADA?

Aproximarse a los servicios públicos desde la perspectiva clásica del derecho público administrativo, significa, sin negar su indubitable carácter dialéctico¹⁰⁹, abordar bajo una concepción eminentemente sociológico-jurídica, uno de los aspectos más complejos de la evolución de la convivencia humana en un determinado territorio, básicamente, a los que históricamente¹¹⁰, incluso en

¹⁰⁹ GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., pp. 321 y ss. Del mismo autor puede consultarse “¿Réquiem por el servicio público?”, en *Cuenta y razón*, n.º 116. 2000, p. 9. GARRIDO FALLA, retomando en este sentido algunos trabajos doctrinales, en especial de E. BAQUER y de VILLAR EZCURRA, concluye que el servicio público no fue en su conformación un fenómeno incidental, sino que corresponde a un perfecto desarrollo dialéctico en el cual identifica por lo menos cuatro grandes etapas: la primera, vinculada al Estado gendarme en donde de manera incipiente se observan los primeros pasos al respecto en relación con necesidades apremiantes de la burguesía y vitales para su desarrollo económico tales como comunicaciones, transporte, domiciliarios en algunos casos, etc.; la segunda, vinculada a las primeras manifestaciones intervencionistas en la que se presenta indudablemente una apreciable expansión de los mismos bajo la concepción de los servicios públicos; la tercera, en la profundización a partir de la concepción y el desarrollo de los fines sociales y económicos del Estado en lo que se ha dado en llamar la consolidación del Estado de bienestar, en donde se pueden ubicar servicios como los de beneficencia, sanidad y educación; y la cuarta, la que se desarrolla bajo condiciones de crisis del concepto a partir de la entronización del neoliberalismo económico y sus consecuencias. No obstante lo anterior, es importante anotar que de todas maneras es abundante la bibliografía que nos demuestra a partir de profundos estudios cómo el fenómeno prestacional ya tenía sus antecedentes más allá en la antigüedad inclusive en las conformaciones preestatales. De todas formas, se reconoce que la conformación del concepto propiamente dicho se produce en la evolución del derecho francés de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX.

¹¹⁰ HOMO. *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*, cit., pp. 1, 2, 3, 4 y 452. Es necesario destacar, desde la perspectiva de la dialéctica profunda de la historia política e institucional, que en los ordenamientos anteriores al surgimiento del Estado, como lo fueron el romano o el griego, se dejaban ya ver algunas responsabilidades en materias de servicios en

los ordenamientos de la antigüedad¹¹¹, acudió el hombre en procura de abrigo, protección, asistencia, mejoramiento de condiciones o niveles de vida y demás respuestas a sus necesidades como sujeto actuante y vital para la comunidad; respuestas que por sí solo estaría en incapacidad de obtener por sus limitaciones y la complejidad del mundo circundante; resguardo que por tradición reclama del Estado, o de la misma organización política, principalmente mediante su vinculación con la vida local, esto es, de su ubicación en un territorio –urbano o rural– que considera óptimo para alcanzar

cabeza del que pudiéramos catalogar hoy como sector público, consistente en la asistencia a la población, en aspectos considerados como básicos para el bienestar diario, los que se prestaban de manera general, o en algunos casos de manera concreta, según la jerarquía del usuario de acuerdo con el derecho de la época. Desde esta perspectiva, las atribuciones públicas en servicios públicos gozan de profundas e innegables raíces en el desarrollo de las instituciones, lo que ha permitido forjar, a través de los siglos, conceptos y regulaciones vinculantes para las autoridades y la población en torno a la prestación y las características materiales de los servicios públicos. En caso de Grecia, sostiene LEÓN HOMO, las reflexiones sobre el ordenamiento urbanístico y de servicios en la ciudad estuvieron a cargo de los filósofos. Los grandes filósofos del siglo IV aplicaron a la vida de la ciudad la noción soberana de *nous* organizador. PLATÓN, por ejemplo, dentro de una comprensión general e integradora del urbanismo, comprende los incipientes servicios a cargo de las autoridades locales como el de defensa. ARISTÓTELES, en sus reflexiones sobre la política, se refiere a otros servicios básicos para la comunidad local como los de higiene, defensa, condiciones de vida social y plazas públicas. En el Imperio romano, la ciudad imperial (Roma) “[...] aparece ante la historia con un doble carácter: fue, a la vez, una ciudad inmensa –con un millón a millón y medio de habitantes– y la capital de un imperio, lo que implicó un tratamiento diferente en obras y servicios tales como vías públicas y monumentos y la expedición de reglamentaciones especiales de tránsito, edificación e higiene. No obstante, se advierte que muchos servicios o no existían como hoy los conocemos o se prestaban de manera restrictiva a determinados grupos sociales como el caso del acueducto [...]. Durante el Imperio, fue abundante el agua en Roma, pero no se distribuía a particulares por domicilios de una manera regular. Tener agua en casa era un privilegio personal que durante la república otorgaba el Senado y en la época imperial resultaba una gracia del emperador [...]”. Algunos otros servicios como los de alumbrado y tránsito públicos fueron deficientes y rudimentarios; por ejemplo, en Roma se prohibió el tránsito en las horas del día por lo estrecho de las vías. En materia de alcantarillado, se poseía una extensa y excelente red, pero limitada a las necesidades de las vías públicas, sin posibilidad de conexión con las casas o edificios privados para la disposición final de sus inmundicias.

¹¹¹ GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, cit., pp. 9 a 25. Recuerda el profesor GIANNINI que antes de la institucionalización del poder no se puede hablar de administración pública ni mucho menos de una función administrativa, conceptos que surgieron precisamente con ocasión de los grandes cambios ideológicos producidos por la gran Revolución francesa. En este mismo sentido, resulta inadmisibles referirse al fenómeno estatal antes del surgimiento del Estado moderno; por esta razón, sugiere identificar fenómenos como el romano como meros ordenamientos y no como estados en los términos y el sentido de la hora actual de la evolución de nuestro derecho. En este mismo sentido, puede consultarse a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994. “[...] No es extraño por ello que la Revolución francesa tuviese efectos inmediatos sobre la lengua. Toda la representación del mundo social y colectivo cambió súbitamente [...]. Todo el sistema léxico de representación del mundo colectivo tuvo que sufrir [...]”. La Revolución francesa fue sin duda una verdadera revolución lingüística que llevó a replantear muchos de los conceptos tradicionales del derecho y de la ciencia política.

los niveles de satisfacción que le permitan sobrevivir y progresar en lo social, político, económico y cultural.¹¹²

En este sentido, la noción de servicio público y su derecho, se destaca entonces, por ser un tema vinculado de manera irremediable a la evolución de las necesidades del hombre en comunidad, sustentadoras del concepto de interés general¹¹³; Esto es, al hombre social como objeto de la acción efectiva de las autoridades administrativas, quienes tienen en sus manos la materialización de los propósitos y finalidades de la organización política, por lo tanto, una materia reductible al ámbito del derecho en cuanto generadora de normas, principios y reglas jurídicas tendientes a garantizar su prestación oportuna, eficiente y continua.

Disposiciones de evidente carácter social que en la evolución del sistema continental o europeo, por regla general, significaron un acrecimiento al derecho público administrativo¹¹⁴, es decir, compromisos institucionales

¹¹² LEWIS MUMFORD. *A cidade na historia. Suas origens, transformações e perspectivas*, Sao Paulo, Martins Fontes, 2004, pp. 109 y ss. Desde la antigüedad, la ciudad fue ante todo un centro de cooperación y encuentro de los individuos. No solo se le identifica como el centro de encuentro religioso y cultural sino, también, como la base para la satisfacción de necesidades elementales: agua, reposo, mercado, transporte, etc. Históricamente, es en la ciudad en donde el ser humano en primer lugar ha procurado la atención a sus necesidades vitales, de aquí la vinculación primordial de los servicios públicos con la política territorial y urbana; la sujeción de cualquier decisión en la materia a lo dispuesto en las normas urbanísticas resulta fundamental en los actuales momentos de nuestra evolución institucional. Bajo esta consideración, el derecho administrativo urbano y el urbanismo como su ciencia fundamentada nos muestran el papel trascendental que desde los orígenes mismos de la humanidad cumplió la ciudad en la prestación de los servicios básicos a sus habitantes. Para estos efectos puede consultarse las siguientes obras: MARIO LIBERAN. *L'origine delle città. Le prime comunità urbane del Vicino Oriente*, Roma, Riuniti, 1986, pp. 20 y 28. Se destaca por este autor los esfuerzos de una antigua comunidad mesopotámica por obtener servicios públicos fundamentales como el de acueducto para el uso comunal dentro del contexto de la ciudad. FERNANDO CHUECA GOITI. *Breve historia del urbanismo*, Madrid, Alianza, 1974, p. 48. La ciudad, señala este autor, es el centro de todas las aspiraciones de la vida colectiva y en muchos casos de la misma humanidad, de aquí su relación indudable con los servicios, sobre todo con los generales y fundamentales para la comunidad. PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico, instituciones básicas*, Ciudad Argentina, Mendoza, 1986, p. 8. Ante el crecimiento desproporcionado y desordenado de las ciudades, el urbanismo, por lo menos para las ciudades inglesas de la revolución industrial, aporta técnicas de ordenación general en aspectos tan importantes como los servicios públicos básicos para la población. Se proyectan servicios de alcantarillado, suministro de agua potable, diseño urbano y de las viviendas desde criterios o estándares sanitarios, etc.

¹¹³ MARTÍN BASSOLS COMA. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales", en RAP, n.º 84, 1977.

¹¹⁴ WEIL. *Derecho administrativo*, cit., p. 105. En su concepción inicial francesa y en general en los ordenamientos bajo su influencia, la identificación de un servicio público de interés general

fundamentales de los órganos y servidores públicos frente a la comunidad y excepcionalmente de los particulares autorizados para estos efectos¹¹⁵. Responsabilidades o atribuciones consideradas por su inmediatez y vinculación con los intereses del común de la naturaleza misma de la función administrativa en cualquier país civilizado¹¹⁶.

Esta tendencia de hacer estatales los servicios públicos no constituyó un aporte del Estado Constitucional o de Derecho, sus fuentes surgen del devenir histórico del fenómeno estatal, en este sentido, se puede sostener que “*la noción de servicio público corre prácticamente en paralelo con la evolución histórica del crecimiento de las tareas estatales*”¹¹⁷, aspecto este perfectamente detectable en la evolución misma del Estado absolutista, en cuanto que dentro de él constituyó la materia de los servicios públicos tema básico de las regulaciones de policía, en lo que se ha dado en llamar por la doctrina publicista como el fenómeno de la ciencia de Policía¹¹⁸, en donde la pax pública¹¹⁹, el interés general e incluso el progreso económico y social

implicaba la asunción de competencia por la administración bajo reglas, criterios y principios propios del derecho administrativo.

¹¹⁵ GASTÓN JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II-1, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 3. La prestación de los servicios públicos puede estar a cargo exclusivo de la administración, de los particulares autorizados o conjuntamente entre administración y particulares.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ LUCIANO PAREJO ALFONSO y otros. *Manual de derecho administrativo*, volumen I, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 498.

¹¹⁸ ALEJANDRO NIETO. “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, en RAP n.º 81, septiembre-diciembre de 1976. En la evolución del concepto y la consolidación de la llamada ciencia de la policía, dentro de ésta se entendía incorporado todo lo relativo a la administración interior del Estado, donde indudablemente se incorporaba sin mayores discusiones la temática propia de los servicios que habrían de ser prestados a la comunidad. Del mismo autor puede consultarse: *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, pp. 69, 75 y 80. En el Estado nacional absoluto, a diferencia de las relaciones jurídicas medievales, el monarca asume la regulación global de las relaciones económicas y sociales en perjuicio de los privilegios señoriales y estamentarios. En este sentido, bajo el emblema de la protección a la generalidad, se fue consolidando un sistema jurídico intervencionista que se conoció como de la policía o de los asuntos del común y que propugnaba la salud pública y el *bon ordre*, dentro del cual se incorporaban entre otras muchas materias las relativas al buen funcionamiento de los servicios públicos. MAYER. *Derecho administrativo alemán*, cit., tomo II, 1950, p. 3. “[...] La noción de policía tiene una historia llena de vicisitudes. La palabra lleva el sello de su origen, que tuvo lugar en el renacimiento. Cuando pasó a Alemania, el vocablo “policía” significaba el buen estado de la cosa común [...] que es el fin que debe perseguir la autoridad pública [...]”.

¹¹⁹ VILLAR PALASÍ. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, Universidad de Madrid, 1968, p. 147. Se entiende por pax pública no otra cosa que el título genérico que justifica el ejercicio y la intervención del soberano en las cosas del común, el justificante de su poder.

constituían aspectos centrales de estas regulaciones intervencionistas de los príncipes, reyes y emperadores o monarcas absolutistas¹²⁰.

Desde el punto de vista ideológico, lo dominante el gran parte de los siglos XIX y principios del XX, años en los cuales concurren los elementos que estamos analizando, fueron las concepciones liberales individualistas que por principio frustraban la esfera de acción directa de lo público, frente a sus responsabilidades con la comunidad. El derecho administrativo debió en consecuencia ofrecer soluciones adecuadas a esta problemática¹²¹. Conforme a los designios de las concepciones liberales individualistas se suponía que el Estado, principalmente la administración carecía de legitimidad para intervenir en los procesos sociales y económicos, ámbitos destinados a la libertad individual, careciendo en consecuencia el Estado de las habilidades empresariales que los servicios públicos económicos reclamaban¹²².

Vencido el estadio histórico del ejercicio subjetivo y personalizado del poder, esto es, lograda la institucionalización del mismo, estas regulaciones en su mayoría se conservaron, fueron retomadas por el naciente derecho administrativo como funciones propias y naturales del poder ejecutivo, consolidando de paso la idea de interés general como base de toda actuación pública¹²³, no obstante, que en los primeros momentos del Estado liberal burgués de derecho, principalmente en sus manifestaciones posteriores a la Revolución francesa, finales del siglo XVIII y hasta bien entrado el siglo XX se negaba y resistía a concebir un sector público presente y actuante frente a las necesidades comunitarias¹²⁴, dada la presencia de concepciones económicas individualistas que fundadas en concepciones filosóficas y económicas libertarias, *laissez-faire*¹²⁵, propugnaban la libertad económica absoluta, en

¹²⁰ PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 43 y ss.

¹²¹ VILLAR PALASÍ. "La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo", en RAP, n.º 3, septiembre-diciembre de 1950.

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA. "La actividad industrial y mercantil de los municipios", cit.

¹²³ PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., p. 46. Sostiene PAREJO ALFONSO que la ciencia de la policía constituye "un antecedente inmediato de la administración y del derecho administrativo en sentido contemporáneo [...]".

¹²⁴ PAUL A. SAMUELSON y WILLIAM D. NORDHAUS. *Economía*, Madrid, McGraw Hill, 2002, p. 22

¹²⁵ JOHN MAYNARD KEYNES. "El final del *laissez-faire*" (1926), en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Orbis, 1987, pp. 63 a 89. "[...] La máxima *laissez-nous faire* se atribuye

consecuencia la ausencia de intervención pública en los procesos propios del intercambio, comercio y las actividades productivas.

Aunque la consolidación del individualismo, como lo explica Keynes¹²⁶, tanto en lo político como en lo económico, es definitivamente el resultado de múltiples causas, lo cierto resulta ser, desde la perspectiva doctrinal, que el trabajo que definitivamente marco la pauta histórica para su consolidación, lo fue la obra de Adam Smith¹²⁷ “*investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de la naciones*” publicada en marzo de 1776, en los preludios mismos de la Revolución francesa. Desde la perspectiva del ejercicio del poder estatal sobre la sociedad, la obra de Smith es clara en restringir el papel de los poderes

tradicionalmente al comerciante Legendere, dirigiéndose a Colbert poco antes de finalizar el siglo XVII. Pero no hay duda de que el primer escritor que usó la frase, y lo hizo en clara asociación con la doctrina, es el marqués de Argenson, hacia 1751. El marqués fue el primer hombre que se apasionó por las ventajas económicas de los gobiernos que dejan en libertad el comercio. Para gobernar mejor, dijo, se debe gobernar menos. La verdadera causa de la decadencia de nuestras manufacturas, declaró, es la protección que les hemos dado. “*Dejad hacer*, tal debiera ser la divisa de todo poder público, desde que el mundo está civilizado [...]”.

¹²⁶ KEYNES. “El final del *laissez-faire*”, cit., p. 63.

¹²⁷ ADAM SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997. Los sustentos de estas posiciones económicas con incidencia en el accionar de la administración pública tienen sus orígenes en los trabajos de este autor, quien propugnó el individualismo, el interés personal como motor de la economía, en consecuencia la libertad de comercio y de los negocios. La economía en su concepción se funda en la sistemática de la libertad natural, es decir se regula por su propia virtud y fuerza. Como lo expresa el profesor GABRIEL FRANCO (estudio preliminar a la edición citada) al analizar este aspecto de la filosofía económica de SMITH, “[...] Es suficiente que dejemos al hombre abandonado a su iniciativa, para que al perseguir su propio interés promueva el de los demás. La naturaleza encomienda a cada uno de nosotros el cuidado de sus negocios en la inteligencia de que nadie es más capaz que el propio interesado para juzgar lo que le conviene en cada caso concreto [...]”. Desde esta perspectiva, no les corresponde a los poderes públicos interferir ni regular esta libertad. El buen gobierno es el que menos interviene en la economía y, por lo tanto, el que deja fluir naturalmente la iniciativa privada. En lo político administrativo esta premisa es traducida como el “dejar hacer y dejar pasar” “*laissez-faire, laissez-passer*”, conservando el Estado, en algunos casos, entre otros, tan sólo servicios fundamentales, defensa, policía, impuestos, en lo que la doctrina ha dado en denominar simplemente el Estado gendarme. Este modelo hizo crisis y obligó a la reacción del Estado; en consecuencia, se generó el modelo de Estado social o benefactor. RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., p. 26. El surgimiento del derecho administrativo se dio dentro de un régimen de economía liberal, en donde no se le reconocía al Estado mayor papel regulador o interventor en las problemáticas generadas en estas materias. La decadencia de este sistema aceleró los procesos políticos y de publicación del derecho con el aumento de las responsabilidades de los órganos administrativos frente a la comunidad. Sobre la evolución del modelo individualista y su replanteamiento en torno a modelos intervencionistas puede consultarse ÉMILE JAMES. *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 113 a 163.

públicos en aras de consolidar la libertad como base del individualismo y fuerza motora de las actividades económicas y sociales¹²⁸.

El soberano, entiéndase el Estado, según Smith, debe dirigir sus actividades, funciones y atribuciones básicamente a lo anterior, que no son otra cosa que las ocupaciones más ventajosas a la sociedad, debiéndose abstener de imponer restricciones o fomentar preferencias que puedan perturbar el natural comportamiento del mercado y de las actividades humanas.¹²⁹

En cuanto a los hombres respecta su dirección y comportamiento no puede estar determinado entonces por el Estado, sino por las fuerzas de la naturaleza y la libertad, con el propósito de lograr sus cometidos, y proporcionar de manera imperceptible y muchas veces sin saberlo satisfacciones a los intereses generales. Mediante la iniciativa privada y la competencia sin fronteras, los mercados proporcionan el mayor número de bienes y servicios útiles al hombre y la sociedad. El interés privado se transforma en la teoría de Smith en el gran motor y promotor de la vida económica de la comunidad¹³⁰ bajo el contexto de la libertad natural.¹³¹

¹²⁸ SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, cit., pp. 612 y 613. “[...] Según el sistema de la libertad natural, el soberano únicamente tiene tres deberes que cumplir, los tres muy importantes, pero claros e inteligibles al intelecto humano: el primero defender a la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes; el segundo, proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima por parte de otros individuos de esa misma sociedad, estableciendo una recta administración de justicia; y el tercero, la de erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un pequeño número de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o un grupo de éstas, aun cuando sean frecuentemente muy remunerados para el gran cuerpo social [...]”.

¹²⁹ SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, cit., p. 612. “[...] En definitiva, cualquier sistema que pretenda atraer con estímulos extraordinarios hacia cierta especie particular de actividad económica una porción más importante de capital de una sociedad de la parte de la que, de una manera natural, gravita hacia ella, o con extraordinarias restricciones, desplazar violentamente a cierto género de actividad económica particular una porción del capital que, de no proceder así, se emplearía en la misma, es en la realidad subversivo o ruinoso para su principal propósito [...]”.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 400. “[...] Todo individuo trata de emplear su capital de tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente, ni pretende promover el interés público ni sabe cuánto lo está promoviendo. Lo único que busca es su propia seguridad, sólo su propio provecho. Y al hacerlo, una mano invisible le lleva a promover su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo [...]”.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 612. “[...] Proscritos enteramente todos los sistemas de preferencias o de restricciones, no queda sino el sencillo y obvio de la libertad natural, que se establece espontáneamente y por sus propios méritos. Todo hombre, con tal que no viole las leyes de la

Abandonadas estas concepciones limitativas del papel interventor del Estado y, por lo tanto, de la administración en la problemática social, se avanzó en torno de configurar al Estado como administrador de servicios públicos y prestador asistencialista de respuestas a otras necesidades sociales no cubiertas por el hombre individualmente considerado, ni mucho menos por la iniciativa privada. Surge de esta manera la seguridad social a cargo del Estado, haciendo de éste el gran responsable de respuestas a la problemática social. En la realidad de las cosas, de un simple Estado inactivo en lo social y prestacional, se pasó en poco tiempo a uno administrador de servicios públicos y con el mismo impulso y motivación a otro administrador, prestacional y asistencialista, es decir, como lo identifica algún sector doctrinal, se llegó por obra de la dialéctica social a un verdadero Estado administrativo¹³², en virtud de su ostensible crecimiento y fortalecimiento de las responsabilidades de esta función pública ejecutiva¹³³.

Lo anterior fue así, en la medida en que lo que se evidencia de la evolución del sistema capitalista de frente al Estado de derecho es que la realidad social, política y económica que siguió al surgimiento de la institucionalización del poder, se caracterizó por sus altos grados de conmoción, decadencia y crisis

justicia, debe quedar en perfecta libertad para perseguir su propio interés como le plazca, dirigiendo su actividad e invirtiendo sus capitales en concurrencia con cualquier otro individuo o categoría de personas [...]”.

¹³² SABINO CASSESE. *Le basi del diritto amministrativo*, Turín, Einaudi, 1991, pp. 10 y 11. Si bien es cierto que la doctrina alemana desarrolló el concepto de Estado administrativo para identificar el papel estelar y principal que el poder ejecutivo había adquirido en el régimen intervencionista, CASSESE se opone rotundamente a tal denominación con argumentos estrictamente gramaticales y jurídicos. Los primeros, en cuanto a la carencia de un concepto cierto y adecuado de Estado y los segundos, en la medida en que la administración no está incorporada como tal en el derecho positivo.

¹³³ BRUNO SOGGIA. “Capitalismo”, en NORBERTO BOBBIO e INCOLA MATTEUCCI. *Diccionario de política*, tomo I, México, Siglo XXI, 1985, pp. 210 y ss. La posición política y funcional pasiva y neutral del Estado liberal de derecho correspondió en lo económico a la consolidación del capitalismo de la revolución industrial radicalizado en sus concepciones de libre mercado y competencia, regulados exclusivamente por las leyes de la oferta y de la demanda, fenómeno que en el caso inglés comprende el periodo de 1783 a 1802; en Francia, 1830 a 1860; en los Estados Unidos, 1843 a 1860; y en Alemania, 1850 a 1873. LUCIANO PELLICANI. “Estado de bienestar”, en BOBBIO y MATTEUCCI. *Diccionario de política*, cit., p. 614. El surgimiento del Estado de bienestar constituyó la natural reacción política y jurídica en defensa de la igualdad frente al inhumano mercado autorregulado, donde no existían hombres, valores morales ni sentimientos sino mercancías, y en consecuencia, generador de pobreza, miseria, desocupación y alineación. El Estado, en consecuencia, se transforma en garante y en actor de una justicia distributiva, de la seguridad, del pleno empleo y de regulación de los abusos en el mercado.

del capitalismo burgués clásico y de su sistema político. La explotación desmedida de los trabajadores, el crecimiento desordenado de los conglomerados urbanos, los índices de pobreza y desatención a todos los niveles de la población, la expansión incontrolable del capitalismo industrial en detrimento de las condiciones de vida de los trabajadores, el rápido aumento de la población en condiciones de miseria motivaron la reacción del Estado, quien asumió un papel protagónico¹³⁴ y actuante ante la crisis, fortaleciendo su aparato administrativo, en consecuencia colocándose en una posición de prestador de servicios y benefactor, garantizando condiciones mínimos de existencia¹³⁵, haciendo presencia y asistiendo a todos aquellos sectores sensibles de la sociedad, interviniendo, regulando, controlando la economía, actuando ante la ausencia de gestión¹³⁶.

¹³⁴ La crisis del capitalismo monopolista se dio indistintamente en todos los continentes y fue enfrentada con claras e indiscutibles medidas de intervención económica mediante la acción estatal. Uno de los países ejemplo en adopción de estas medidas fue Estados Unidos de América. Para el seguimiento de las políticas de intervención en este país puede consultarse: JAMES. *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, cit., pp. 113 a 163. Ejemplo indiscutible del papel actuante que debió asumir el Estado se puede observar en la gran crisis norteamericana de los años veinte y treinta del siglo XX, que llevaron a la adopción de decisiones políticas y económicas dentro del denominado “New Deal” del presidente ROOSEVELT y que tuvo como fundamento los trabajos del economista y profesor JOHN MAYNARD KEYNES. El gran compromiso del ex gobernador de Nueva York al asumir la presidencia de aquel país consistió en sacarlo de la peor depresión de su historia, para lo cual el sistema económico de la libertad no le brindaba mayores instrumentos. Acudiendo a los trabajos económicos de KEYNES, decidió abandonar las ideas del *laissez-faire* y del Estado limitado e inactivo, postulando principios económicos que proponía en su reemplazo una administración activa, actuante, gestora, interventora en la economía en procura de la estabilización y mejora de los intereses generales. En concreto, las propuestas o procedimientos keynesianos de intervención los resume el autor así (pp. 279 a 284): 1. Intervención del Estado mediante una política de expansión de la economía, es decir, dictar las normas suficientes para garantizar suficiente circulación de dinero y mantener la tasa de intereses lo más baja posible; 2. aumento de las inversiones públicas, ejecutando grandes obras que promuevan el empleo y en consecuencia que garanticen el poder de compra de los contratados para estos efectos; 3. redistribución del ingreso en beneficio de las clases más gastadoras, rompiendo de esta manera con los rentistas y agiotistas; y 4. intervención del Estado mediante políticas proteccionistas de la economía. Puede consultarse igualmente FRANÇOIS CHATELET y EVELYNE PISIER-KOUCHNER. *As Concepções políticas do seculo XX. Historia do pensamento político*, Río de Janeiro, Zahar, 1983, pp. 151 y ss.

¹³⁵ FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 61, 63 y 65. Por otra parte, debemos agregar que históricamente el primer país que introdujo responsabilidades benefactoras o de Estado de bienestar fue el imperio alemán, en la época de OTTO VON BISMARCK. A finales de los años ochenta del siglo XIX, creó un amplio sistema de seguridad social.

¹³⁶ KEYNES. “El final del *laissez-faire*”, cit., pp. 81 a 86. “[...] Creo que, en muchos casos, la medida ideal para la unidad de control y organización está situada en algún punto entre el individuo y el Estado moderno. Sugiero, por tanto, que el progreso radica en el aumento del reconocimiento de los cuerpos semiautónomos dentro del Estado –cuerpos cuyo criterio de acción dentro de su propio campo es únicamente el bien público, tal como ellos lo entienden, y de los cuales están excluidos los motivos de reflexión de interés privado; aunque todavía

La administración que hasta ahora había mantenido un perfil de simple garantizadora del orden, se transforma en un sujeto actuante y decisivo para el bienestar público, creando en consecuencia los mecanismos institucionales indispensables para cumplir con estos nuevos cometidos. Como consecuencia, crece no solo orgánica, sino también funcional y laboralmente; penetra sectores hasta entonces inexplorados y en muchos casos reservados a la iniciativa privada; desarrolla mecanismos empresariales e industriales y adopta figuras societarias, mediante las cuales se orientan recursos públicos para satisfacer las crecientes necesidades de la comunidad, buscando de esta forma acercarse al sector productivo de la sociedad incentivando en beneficio general, y asumiendo incluso la prestación directa de servicios generales a los cuales la doctrina termina denominando servicios públicos en virtud de su carácter prestacional y de interés de la comunidad ¹³⁷.

Las alteraciones políticas y sociales generadas por el capitalismo industrial y por la economía de mercado circunscrita exclusivamente a las leyes del mercado repercutieron en el ámbito del derecho, generaron reacciones profundas en las consideraciones y percepciones jurídicas de los fenómenos económicos y sociales, esto es, suscitaron, como lo habíamos advertido, transformaciones jurídicas inevitables, principalmente para el derecho público administrativo, que tuvo que asumir la elaboración de novedosos conceptos,

pueda ser necesario dejarles algún lugar, hasta que el ámbito del altruismo de los hombres se amplíe al interés de grupos particulares autónomos dentro de sus limitaciones prescritas, pero que están sujetas en último término a la soberanía de la democracia expresada a través del parlamento [...]. Debemos tender a separar aquellos servicios que son técnicamente sociales de aquellos que son técnicamente individuales. La agenda del Estado más importante no se refiere a aquellas actividades que los individuos privados ya están desarrollando, sino a aquellas funciones que caen fuera de la esfera del individuo, aquellas decisiones que nadie toma si el estado no lo hace. Lo importante para el gobierno no es hacer cosas que ya están haciendo los individuos, y hacerlas un poco mejor o un poco peor, sino hacer aquellas cosas que en la actualidad no se hacen en absoluto [...].”

¹³⁷ FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 65. La administración moderna, sostiene este autor, traspasó los límites tradicionales de la soberanía y del funcionalismo propio del ejecutivo del Estado liberal clásico, asumiendo sectores económicos y productivos en nombre del interés general y para brindarle respuestas claras y efectivas a una comunidad desprotegida. En este sentido, nos encontramos ante “[...] un cometido político de la más alta importancia [...]”, que debe ser mantenido con el fin de afirmar a la administración como un cuerpo eminentemente de acción.

principios y reglas frente a las responsabilidades atribuidas a las administraciones públicas.

No en vano, y aunque desde esquinas ideológicas diferentes, autores como Duguit en Francia y Forsthoff en Alemania proclamaron y reivindicaron para el objeto del derecho administrativo todas aquellas materias acrecidas por la administración pública, en razón de la problemática económica y social y que la vinculaban de manera directa con el cumplimiento de los propósitos estatales, en especial el de la atención y asistencia al interés general. “[...] *Allí donde hay Estado [...] [declara Forsthoff en su tratado de derecho administrativo] [...] hay administración, y allí donde hay administración hay derecho administrativo y, por tanto, y siempre que haya ciencia del derecho, también una ciencia del derecho administrativo [...]*”¹³⁸ De esta manera, se abrían las puertas en el derecho público alemán a lo que vino a ser la teoría jurídica sociológica de la procura existencial, en cuya base estaban sin lugar a dudas prestaciones básicas como las de los servicios públicos¹³⁹ y para el derecho francés y en general para el continental europeo la que fue considerada en su época como la grande de las construcciones jurídicas: la de los servicios públicos¹⁴⁰.

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS TELONES MÁGICOS DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. LAS BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN PÚBLICA

1.1. Los aportes de la doctrina y jurisprudencia francesa a la construcción del concepto

“El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para regular el funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado

¹³⁸ *Ibíd.*, nota 16, p. 70.

¹³⁹ *Ibíd.*, nota 16, pp. 61 a 68; 96 a 119; y 473 a 480; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. “La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”, cit.

¹⁴⁰ LUIS MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en RAP, n.º 100-102, 1983, p. 2496.

la noción del servicio público tal como lo expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo.” Con estas palabras, Gastón Jéze, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de París, iniciaba en 1925 el Tomo I de la 3ª edición francesa de su monumental obra sobre los principios generales del derecho administrativo¹⁴¹, en la que desarrolló, en buena parte, los trabajos doctrinales y constitucionales de León Duguit¹⁴² y, principalmente, el pensamiento jurisprudencial francés de la época en torno a los principios constructores del derecho administrativo y del papel del concepto de bien público¹⁴³, reconducido al moderno concepto de interés

¹⁴¹ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, tomo I, p. 1. Para el autor, el objeto del derecho administrativo no podía ser otro que el de la formulación de reglas especiales para el buen funcionamiento de los servicios públicos, lo anterior con el propósito de dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, esto, sobre la base de la aceptación de una profunda ruptura con el individualismo jurídico y económico clásico y la recepción del concepto de Estado entendido y justificado como un conjunto de servicios públicos, teoría sustentada en los trabajos doctrinales del profesor LEÓN DUGUIT. Véase al respecto el prefacio del autor a la edición argentina, pp. XL y XXIX, y lo desarrollado en páginas 3 y siguientes del tomo II-1 de la obra referida. En torno a la sustentación y el alcance de la obra del profesor GASTÓN JÉZE, véase a PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 88 a 92.

¹⁴² En relación con la obra de LEÓN DUGUIT, puede consultarse principalmente: *Las transformaciones del derecho público* (Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1915, pp. 93 a 141). Del mismo autor, profundizando aspectos de su teoría, las siguientes obras: *La transformación del Estado*, cit.; *Manual de derecho constitucional* (Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 71 y ss.). Así mismo, la compilación efectuada bajo el título *Las transformaciones del derecho (público y privado)* (Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 27 a 45), donde se retoman los dos trabajos clásicos del autor en torno a las transformaciones del derecho público y las transformaciones generales del derecho privado. En torno a los presupuestos de la teoría del Estado de LEÓN DUGUIT, véase los análisis efectuados al respecto por el profesor PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 83 a 86; así mismo, en relación con las características y los alcances de la teoría, en esta misma obra, consúltense las páginas 86 a 88. Resultan de trascendencia las notas en relación con el contexto y contenido de la teoría de LEÓN DUGUIT escritas en el trabajo introductorio a la edición referida de 1915 de la obra *Las transformaciones del derecho*, efectuadas por su traductor el profesor ADOLFO POSADA. En igual sentido, EVELYNE PISIER-KOUCHNER. *Le service public dans la théorie de l'État de León Duguit*, París, LGDJ, 1972; JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y JOSÉ CALVO GONZÁLEZ. “León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, julio-diciembre de 2005, pp. 483 a 547. MARIANO PESET REIG. “Notas para una interpretación de León Duguit”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 157, 1968, pp. 169 a 208. En relación con el contexto doctrinal y la época de DUGUIT, véase GARCÍA DE ENTERRÍA. “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, en *REDA*, n.º 26, julio-septiembre de 1980. Resultan de interés bibliográfico las observaciones en torno a los aportes tanto de DUGUIT como de JÉZE y HAURIOU efectuadas por el profesor MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2003.

¹⁴³ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 73; VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 685. Para efectos de la investigación, resulta trascendente la explicación del autor en torno al concepto propiamente dicho de interés público. Al respecto lo ubica dentro de las finalidades indiscutibles del Estado indicando que “[...] La finalidad abstracta del Estado es la consecución del bien común [...]”, en evidente contraposición al bien particular, que es el que “[...] de manera inmediata, concierne a cada individuo o grupo [...]”. En cuanto a su caracterización, el profesor VILLAR PALASÍ señala lo siguiente: “[...] el bien público es el que

general¹⁴⁴, que basado en las necesidades públicas¹⁴⁵, sustentaron toda esta enorme y trascendente construcción jurídica del servicio público¹⁴⁶, bajo

concierno a la masa total de individuos y grupos integrados en el Estado: bien de la 'multitud' (Aristóteles y Santo Tomás), bien de la 'generalidad' (según la expresión de la Edad Media), bien de la 'nación' (en el lenguaje de la revolución), del bien del 'público' (HAURIOU) o finalmente el '*aequum bonum*' (Vico, *Scienza nuova*, Bari, 1928 II, 70, 87). Formalmente definido, por su sujeto o beneficiario, el bien público se separa así del bien propio de un individuo determinado, de una clase, de una confesión, de un partido, de una nación (en el sentido étnico), de una región, de una categoría social cualquiera, en suma. El bien público es, de manera inmediata, el bien público en general, en su diversidad y complejidad, sin aceptación de individuos o grupos, comprendiendo en él, además, no solo a los vivos, sino a las generaciones futuras, pues el bien público y su bien se despliegan a la vez en el espacio y en el tiempo [...]"

¹⁴⁴ El concepto de interés público general está en la base de las elaboraciones de los teóricos de la escuela de los servicios públicos. GASTÓN JÉZE lo expresa con precisión al determinar el objeto del servicio público al indicar que no es otro que el de "[...] dar satisfacción a las necesidades de interés general [...]" (JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 2), lo que se reitera prácticamente a través de toda su obra. GEORGES VEDEL. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 688 y ss. Para este autor y para la doctrina francesa en general, el concepto de servicio público no fue un criterio precisamente claro siendo permanente su crítica en torno a lo confuso de sus prédicas; sin embargo, en lo que coinciden es en su caracterización permanente en torno al concepto de interés público o general. La gran constante en cuanto a la estructuración de la figura giraba precisamente en la idea de que se trataba de actividades y organización pública destinada a la satisfacción de las necesidades de la comunidad de donde se destaca su existencia bajo condiciones materiales y sustanciales. VEDEL, recogiendo las posteriores evoluciones de la teoría del servicio en la doctrina francesa, destaca que bajo una óptica ajena al fundamentalismo de DUGUIT se puede definir el servicio público en dos direcciones: una formal u orgánica y otra material. La primera, vinculada estrictamente a la organización dispuesta para la prestación del servicio público; la segunda, referida propiamente a la naturaleza de la actividad, independientemente de la organización de la misma; en este sentido, destaca VEDEL, será entonces servicio público "[...] toda actividad que tienda a satisfacer una necesidad de interés general [...]" En las construcciones clásicas de la teoría del servicio público esta distinción no era muy clara; las conceptualizaciones de DUGUIT y JÉZE giraban sobre una noción muy simple; para VEDEL, conforme a esas elaboraciones doctrinarias originales, los conceptos formal y material prácticamente se confundían; de todas maneras, lo cierto resulta ser que "[...] un servicio público era siempre una actividad de interés general desarrollada por la administración [...]" En igual sentido puede consultarse WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 105 y ss.

¹⁴⁵ Necesidades públicas son las inherentes a los intereses de la colectividad o comunidad que por sus características, forma y contenido no pueden ser satisfechas de manera individual por el asociado y, por lo tanto, justifican la presencia estatal para su atención, comprometiendo funcionalmente a la administración para su satisfacción. En este sentido, la necesidad trasciende a las estructuras de lo público transmutándose en un elemento material del bien público, por lo tanto objeto del interés general. Ahora bien: como se advierte a partir de los trabajos de la doctrina jurídica, resulta complejo determinar una fórmula cierta y precisa para deducir en qué eventos se podrían calificar las necesidades como públicas. Al respecto, el profesor VILLAR PALASÍ ("Concesiones administrativas", en *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IV, Barcelona, Seix, 1981, p. 686) propone una fórmula abierta y subjetiva, que lo lleva a concluir que necesidad pública es toda aquella que involucra una necesidad consolidada, sentida de manera universal y no a título simplemente singular. Por otra parte, particularizando, podrían estar bajo el concepto aquellas necesidades que supone por ejemplo una hacienda de guerra y, sobre todo, destaca este autor, una variable que puede ser objeto de profundas discusiones para determinar su alcance, la presencia de situaciones hipotéticas en las cuales se dé la "[...] imposibilidad de satisfacer necesidades privadas por los particulares [...]", lo que, en nuestra opinión, daría pie para incorporar dentro de éstas las que dan razón y motivan la existencia de los servicios públicos. Al respecto, agrega precisamente que dentro de las

criterios sociológicos y finalísticos¹⁴⁷ y dieron, por lo tanto, consistencia y sistemática a la figura de la concesión pública como su máspreciado instrumento de gestión y prestación¹⁴⁸.

El punto de partida de esta concepción está dado por la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos francés, a través de diversos pronunciamientos¹⁴⁹, entre los que se destacan el conocido como fallo

necesidades públicas se advierten algunas que “[...] se sienten como necesidades individuales, en cuanto individualmente son prestadas, aunque sean colectivamente sentidas, y tal es el caso del servicio público [...]”. De todas maneras, destaca el autor, la calificación depende en últimas del factor sociológico y de la concepción que se tenga del bienestar público.

¹⁴⁶ Hacemos la distinción entre servicio público y actividades de interés general. El servicio público involucra algunas especiales modalidades de interés general, pero no todas ellas. El servicio público así considerado constituye a todas luces la especie del género actividades de interés general.

¹⁴⁷ Es menester sostener que compartimos plenamente la tesis de que la finalidad abstracta y general del Estado no es otra que la consecución del bien común y por lo tanto la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, lo que condiciona inevitablemente el acervo funcional de la administración pública. En este sentido, aceptamos, sin que esto implique desconocer el principio de legalidad, y tan solo en el entendido de una visión política del asunto, que resulta difícil, por no decir imposible, definir de manera taxativa el fin mismo justificador del Estado y del papel actual de la administración frente al conflicto social, por lo que preferimos retomar de manera abstracta la idea y postularla bajo consideraciones plurales, indicando que al Estado y la administración los mueven fines en la dirección a la consolidación del bien común. Cada país tiene sus propios apremios, de aquí que sea difícil, por no decir imposible, elaborar una lista taxativa de las finalidades propias de cualquier estado. Al respecto, consideramos coherente con este planteamiento la cláusula incorporada en la Constitución colombiana de 1991 en el artículo 2.º de su codificación que de manera general y abstracta postula los fines propios que justifican la existencia de Colombia como estado. En esta dirección, acogemos para nuestro derecho los argumentos del profesor VILLAR PALASÍ (*Concesiones administrativas*, cit., p. 685): “[...] Una consideración posterior demuestra que todos estos fines caen dentro del radio de acción de la amplia y expresiva fórmula de ARISTÓTELES: el Estado, si bien nace a la vida misma, existe para promover una vida buena. Esta... (la vita bona de Santo Tomas) es un fin en blanco, planteado para alcanzarlo; es tarea que tan solo el quehacer continuo del Estado, a través de una visión histórica, puede acometer [...]”.

¹⁴⁸ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, pp. XLV a LI. Por su trascendencia en torno a la prestación del servicio público, al igual que por sus características y contenidos relacionados con el desarrollo de actividades esencialmente propias de la administración pública, lo cual lo hace sustancialmente un contrato impregnado de elementos y particularidades que lo alejan de las construcciones civilistas sobre los negocios jurídicos, la doctrina de los servicios públicos consideró a la concesión como el instrumento estelar para el cumplimiento de los propósitos de interés general impregnados en su teoría, de aquí la razón por la cual JÉZE destacara en la presentación de su obra, a la concesión de servicios públicos, como “[...] El contrato más importante, prácticamente del derecho administrativo francés, aquel para el cual el Consejo de Estado ha construido una teoría notable [...]”.

¹⁴⁹ Sobre los orígenes jurisprudenciales de la teoría de los servicios públicos puede consultarse MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, cit. Importantes resultan ser, también, los aportes de los profesores JOSÉ LUIS MEILÁN GIL (*Proceso tecnológico y servicio público*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 21 a 30) y DIEGO ZEGARRA VALDIVIA. *El servicio público. Fundamentos*, Lima, Palestra, 2005.

blanco del 8 de febrero de 1873¹⁵⁰, piedra angular del derecho administrativo francés durante muchos años. Sin embargo, a esta providencia no se llegó por acaso. El tema había ya sido abordado con diferentes matices con anterioridad a esta histórica providencia, en los fallos *Rothschild vs. Larcher et Administration des Postes* del 6 de diciembre de 1855¹⁵¹; *Carcassonne* del 20

¹⁵⁰ *Arrêt Blanco* (8 de febrero de 1873. Tribunal de conflictos). El fallo *Blanco*, más que una providencia sobre el fondo del conflicto suscitado a propósito de una actividad de la administración pública francesa, es una resolución de clara estirpe procedimental por medio de la cual se resolvió un conflicto de competencias entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria. El carácter del asunto puesto a consideración del tribunal y la profundidad de sus razonamientos le dan a esta providencia un carácter sustancial y definitorio en torno a la autonomía del derecho administrativo; la universalidad del fallo le permitió servir de fundamento a gran cantidad de los planteamientos típicos del derecho público administrativo, incluso a la justificación del criterio de los servicios públicos como determinante de la administración, su derecho, la jurisdicción contenciosa y los servicios públicos como elementos clave de cualquier análisis administrativo. De aquí que sea considerado por algunos la piedra angular del derecho administrativo, el punto de partida o nacimiento de un derecho administrativo moderno, y por otros, la consolidación de un proceso de formación, cuyo instante estelar, anterior, se produjo con la Revolución francesa. Los hechos que fundamentan esta providencia no tienen nada especial frente a algunos otros, anteriormente resueltos por los tribunales. Lo importante de este fallo es que dio origen a un conflicto de competencias sobre la jurisdicción llamada a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Los sucesos ocurrieron en la ciudad de Burdeos en el año 1872. AGNES BLANCO, una pequeña de sólo cinco años de edad, es atropellada y herida gravemente al atravesar una calle de aquella población, por un carro transportador de tabaco, de propiedad de la fábrica estatal de este producto y conducido por cuatro de sus empleados. El padre de la menor, con fundamento en las normas de los códigos Civil y de Procedimiento Civil de la época, inicia ante el tribunal civil de Burdeos un proceso de responsabilidad contra los cuatro operarios de la tabacalera, como coautores de las heridas producidas a su hija, y contra el Estado francés como responsable civilmente por la imprudencia de sus empleados. La pretensión invocaba la responsabilidad solidaria tanto de empleados como del Estado y solicitaba una indemnización de cuarenta mil francos; el representante del Estado planteó el conflicto de competencia en el que argumentaba la incompetencia del tribunal civil para conocer de un asunto en donde una de las partes era el Estado, al que en razón de la ejecución de un servicio público se le demandaba su responsabilidad con fundamento en los principios del derecho privado. El tribunal del conflicto que conoció la impugnación se pronunció el 18 de febrero de 1873 en los siguientes términos, en lo pertinente: “[...] *La responsabilidad que le puede corresponder al Estado, en razón de los daños proferidos a los particulares por sus empleados, en la prestación de los servicios públicos, no se rige por los principios consagrados en los artículos 1382 y siguientes del Código Civil en lo que respecta a las relaciones entre los particulares. Esta responsabilidad, que no es ni general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las exigencias del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares. Corresponde por lo tanto a la autoridad administrativa conocer y valorar tal responsabilidad, y no a los tribunales ordinarios [...]*”.

¹⁵¹ *Arrêt Rothschild vs. Larcher et Administration des Postes* (6 de diciembre de 1855). En este pronunciamiento el Consejo de Estado francés establece el concepto de servicios públicos como generador de obligaciones para la administración pública, en los siguientes términos: “[...] *con la autoridad de la ley, le corresponde reglar las condiciones de los servicios públicos donde le correspondiere su prestación. Determinar igualmente las necesidades que se susciten con su operación, e indicar los nombres de los agentes que actúan en su representación [...]*”. También reconoce que en la prestación del servicio público se generan relaciones entre la administración y los particulares. Por esta razón, a aquélla le corresponde “[...] *conocer y apreciar las características y la extensión de los derechos y de las obligaciones recíprocas que se susciten entre el Estado y los beneficiarios de los servicios [...]*”. El marco de estas relaciones está sujeto a un régimen jurídico de derecho privado: el derecho común, el mismo

de febrero de 1858¹⁵² y *Bandry vs. Ministre de la Guerre* del 1.º de junio de 1861¹⁵³. Tema retomado en pronunciamientos posteriores, hasta definitivamente consolidar la doctrina, en los fallos *Terrier* del 6 de febrero de 1903¹⁵⁴ y *Thérond* del 4 de marzo de 1910¹⁵⁵.

derecho que regula las relaciones entre los particulares. En esta primera época, si bien los servicios públicos ya eran considerados como fenómenos con repercusiones frente al derecho, aún no se consolidaba un derecho propio de carácter público: “[...] *las necesidades, los derechos y las obligaciones que se susciten a propósito de los servicios se rigen por las reglas y según los principios y disposiciones del derecho civil y común, como si se tratara de las relaciones entre particulares [...]*”. Por último, en esta providencia se reconoce que, como consecuencia de la ejecución de los servicios públicos, la administración puede quedar sujeta a responsabilidad: “[...] *En lo que corresponde con la responsabilidad del Estado en caso de fraude, negligencia o de errores cometidos por sus agentes en la prestación de los servicios, se reconoce la misma, pero sin carácter general ni absoluto. Ella se determina según las características y necesidades de cada servicio, sus condiciones y proporciones [...]*”.

¹⁵² *Arrêt Carcassonne* (20 de febrero de 1858). En las consideraciones de esta providencia se observan sustanciales cambios respecto del fallo anterior: en primer lugar, se insiste en el poder de dirección que le corresponde a la administración pública en la prestación de los servicios públicos, poder que le genera responsabilidades para la organización de éstos y la dirección del personal encargado de su desarrollo. En segundo lugar, se aclara lo relacionado con la competencia de ejecución de la ley y de reglamentación de ésta, en todo lo que concierne a los servicios públicos por parte de la administración: “[...] *Que, por otra parte, le corresponde aplicar las leyes y reglamentos que determinan las necesidades y que establecen las oportunidades de los servicios entre los particulares y los agentes que representan al Estado [...]*”. En tercer lugar, se introducen dos importantes modificaciones a los anteriores criterios jurisprudenciales en lo referente al régimen jurídico de los servicios públicos: se establece una regla general de competencia en la jurisdicción administrativa, para conocer de todos los conflictos que se generen con ocasión de la aplicación de las leyes y los reglamentos referentes a los servicios públicos, y una regla de excepción, que implicaba la existencia de norma legal expresa que asignara conflictos de esta misma naturaleza en cabeza de las autoridades judiciales; por otra parte, se aclaraba lo relacionado con el régimen aplicable a los asuntos de responsabilidad del Estado a propósito de la prestación de los servicios públicos, que no podía seguir siendo el del derecho común: “[...] *Que esas leyes y reglamentos tienen un carácter especial y que los conflictos respecto de sus aplicaciones hacen aparecer una gran cantidad de asuntos que deben comparecer ante la jurisdicción administrativa, a no ser que una norma expresa otorgue su conocimiento a las autoridades judiciales*”; en cuanto a la responsabilidad se expuso: “*que entre otras cosas la responsabilidad del Estado, en caso de falta, negligencia o de errores cometidos por los agentes de la administración no se rige por los principios del derecho común; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella se modifica según la naturaleza y necesidades de cada servicio [...]*”.

¹⁵³ *Arrêt Bandry vs. Ministre de la Guerre* (1.º de junio de 1861). Insiste la jurisdicción administrativa, en este fallo, en la necesidad de abandonar las normas del ordenamiento civil para los casos de responsabilidad del Estado en razón de la ejecución de servicios públicos. El régimen jurídico de esta actividad posee reglas especiales aplicables a todos los servicios públicos: “[...] *Considerando que la responsabilidad que le puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares, por el hecho de las personas que el Estado emplee en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código de Napoleón para las relaciones entre los particulares; que esta responsabilidad y sus reglas especiales son iguales para todos los servicios [...]*”.

¹⁵⁴ *Arrêt Terrier* (6 de febrero de 1903). El caso se reconduce a las reclamaciones formuladas por el señor TERRIER con ocasión de la destrucción de animales dañinos (víbora) en virtud de recompensa contractual ofrecida para estos efectos por la administración, la cual al ser requerida se negó a pagar la contraprestación ofrecida argumentando carencia de recursos presupuestales. En esta providencia se resuelve un aspecto trascendental para la autonomía del derecho administrativo con fundamento en la teoría de los servicios públicos, cual es el del régimen jurídico aplicable a los asuntos en que definitivamente quede involucrado el interés

Correspondió, en consecuencia, al derecho francés, en especial a los trabajos del profesor León Duguit, el papel articulador y formador de la concepción jurídica de los servicios públicos como columna básica y estelar del concepto de Estado y la soberanía, consecuentemente del papel de la administración pública en función de los servicios públicos y por vía de ella al concepto de

general. Para estos efectos se hacen las siguientes apreciaciones: Que el concepto de actos de autoridad y actos de gestión no opera para estos efectos y que tal concepto ya había sido abandonado desde el fallo *Blanco* de 1873. Al respecto el comisario del gobierno se pronunció en los siguientes términos: “[...] *Cuando se trate de intereses nacionales o de intereses locales, a partir del momento en que se está en presencia de necesidades colectivas que las personas públicas tienen que satisfacer, la gestión de esos intereses no podrá considerarse como necesariamente gobernada por los principios del derecho civil [...]*”. Que en los asuntos relativos al interés general como es de los contratos de las entidades administrativas, el derecho aplicable es el administrativo y sus litigios de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a no ser que se trate de actividades o gestiones típicamente privadas. Para estos efectos el comisario del gobierno expuso lo siguiente: “[...] *Corresponde a la jurisprudencia determinar...en cuales casos se esta en presencia de un servicio público que funciona con sus reglas propias y su carácter administrativo, o, por lo contrario, de actos que, interesando mucho a la comunidad, revisten la forma de la gestión privada y entienden mantenerse exclusivamente en el terreno de las relaciones de particular a particular, en las condiciones del derecho privado [...]*”. En cuanto se refiere al criterio general que se ha de seguir para efectos de determinar la actividad pública de servicios de la meramente privada, se indicó lo siguiente en la providencia: “[...] *Todo lo que concierne a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, de competencia de la jurisdicción administrativa [...]. Todas las acciones entre las personas públicas y los terceros o entre esas personas públicas entre sí, fundadas en la prestación, no prestación o mala prestación de un servicio público, son de competencia de la jurisdicción administrativa [...]*”.

¹⁵⁵ *Arrêt Théron* (4 de marzo de 1910). El conflicto resuelto en esta providencia se relaciona con el contrato monopólico y de exclusividad suscrito entre la ciudad de Montpellier y el señor THÉRON para la captura de perros callejeros y de todos aquellos declarados como peligrosos para la ciudadanía y su posterior traslado a la perrera municipal; al igual que para el levantamiento de animales muertos en las estaciones del ferrocarril, el matadero municipal, o en los domicilios particulares de los cuales no se ocuparen sus propietarios, lo mismo que en las vías públicas de aquella ciudad. El contrato comprendía obligaciones para el señor THÉRON relativas al destino final de los desechos orgánicos de origen animal. El precio del contrato dependía del valor que en el mercado obtuviese el contratista por la venta o disposición de los restos mortales de los animales que quedaran en su poder. El contrato no fue cumplido por la administración. El contratista demandó la resolución del contrato y el pago de indemnizaciones. En su decisión, el Consejo de Estado se pronuncia en los siguientes términos: reitera lo expresado en el fallo *Terrier* a propósito de la naturaleza de los contratos de las entidades departamentales y municipales, esto es que por regla general implican una atención a necesidades públicas y por lo tanto involucran la prestación de servicios públicos. Al respecto expone lo siguiente: “[...] *Considerando que al contratar en las condiciones arriba mencionadas con el señor Théron, la ciudad de Montpellier actuó buscando la higiene y la seguridad de la población y, en consecuencia, tuvo como finalidad la prestación de un servicio público; que ante falta de norma que atribuya el conocimiento a otra jurisdicción, las dificultades que pudieran resultar por el incumplimiento o la mala ejecución de ese servicio son de competencia del Consejo de Estado [...]*”. 2. *Se insiste, en aras de la consolidación del servicio público como criterio identificador del derecho administrativo y de la jurisdicción contenciosa como su jurisdicción natural, en que “[...] Todo acto realizado con un fin de interés general es de competencia de la jurisdicción administrativa; en especial, todos los contratos suscritos por la administración con tal fin son contratos administrativos [...]*”.

concesión como el instrumento idóneo para el cumplimiento y satisfacción de los mismos¹⁵⁶.

Desde la perspectiva propiamente del derecho administrativo el trabajo articulador del servicio público con las reglas especiales del régimen jurídico de la administración pública obedeció al trabajo detallado y armónico del profesor Gastón Jéze quien desplegó profundamente el pensamiento de Duguit en cada rincón de la disciplina a través de su profunda obra jurídica, correspondiéndole de esta manera, por lo tanto, el diseño coherente y dinámico del fenómeno concesional en las entrañas mismas de la noción de servicio público¹⁵⁷.

En su conjunto las obras de Duguit y Jéze se enmarcan doctrinariamente bajo los parámetros ideológicos de la llamada escuela de Burdeos, que fundamentó, desarrolló y propagó la noción de servicio público¹⁵⁸ como el centro motor del Estado y por lo tanto, de todo lo referente al derecho público en general, circunscribiendo, entonces, bajo este concepto, el contenido material que determino el derecho administrativo continental europeo¹⁵⁹ en oposición al inglés¹⁶⁰ y sobre esta base determinar el sentido mismo de la actividad concesional.

Esta sutil y atrayente concepción, fundada en consideraciones sociales, constituyó en su momento, no solo, una construcción teórica consecuente con la consolidación de la ruptura del modelo económico liberal clásico¹⁶¹, sino

¹⁵⁶ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, pp. XLV a LI.

¹⁵⁷ JEZE. *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, París, Marcel Giard, 1932.

¹⁵⁸ JACQUES CHEVALLIER. *Le service public*, París, Presses Universitaires de France, 1991, "Introducción", pp. 3 a 6. Desde sus primeras aproximaciones a la figura, reconoce el autor la gran complejidad suscitada dentro de la doctrina y la jurisprudencia, en relación con la aproximación a un concepto de servicio público. Históricamente se tornó en una idea de difícil comprensión y entendimiento, con múltiples significados y aproximaciones. "[...] La notion de service public est difficile á appréhender et á cerner [...]". Puede consultarse sobre el alcance del concepto a DOMENICO SORACE. *Estado y servicios públicos*, Lima, Palestra, 2006, pp. 13 a 30.

¹⁵⁹ GARRIDO FALLA. "El concepto de servicio público en el derecho español", en RAP, n.º 135. 1994.

¹⁶⁰ SABINO CASSESE. "La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito", en *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milán, Giuffré, 2000, p. 54.

¹⁶¹ CHEVALLIER. *Le service public*, cit., p. 14.

también, una de las elaboraciones jurídico-positiva y sociológica de la mayor trascendencia en la cadena incansable de búsqueda de un criterio consolidador, definidor y justificador de la sustantividad¹⁶² de aquel derecho primario que los revolucionarios franceses, en clara disidencia a los postulados de los ideólogos clásicos de la revolución predicaron para su poderosa administración pública¹⁶³.

¹⁶² RIVERO. “¿Existe un criterio de derecho administrativo?”, en *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002, pp. 27 y ss. La búsqueda de un criterio jurídico definidor y delimitador del derecho administrativo lo suficientemente sólido como para montar la gran arquitectura de la disciplina ha estado mediado por signos de inestabilidad. La pretendida definición de la disciplina sobre un punto de reflexión cierto no se ha dado. Cuando se cree haber llegado a la pureza conceptual sus sustentaciones prontamente se tornan frente al debate y la dialéctica como inestables e inadecuadas. En fin el tema sólo llama a una cadena permanente de frustraciones. El profesor RIVERO, repasando las diversas posturas doctrinales en el derecho administrativo francés, encuentra de qué manera la noción de servicio público marcó una época de la disciplina en cuanto se creyó haber llegado al punto culminante de esta búsqueda incansable. Destaca el autor cómo “[...] La última parada de la caravana, la más larga, la que permitía llevar a lo más alto la construcción de un derecho administrativo organizado, la que durante mucho tiempo permitió al espíritu creer que había terminado el nomadismo y que la tierra prometida finalmente se había encontrado, fue la noción de servicio público [...]”. Noción que desafortunadamente, y no obstante su prolongada predicación doctrinal, se desmoronó respecto de sus prédicas fundamentalistas originales. A la par de esta construcción doctrinal, el autor identifica otros criterios de importancia y significación como el de la “utilidad pública” predicado por M. MARCEL WALINE; el del “poder público” que enfrentó históricamente a M. HAURIOU y LEÓN DUGUIT; entre otros. Sin embargo, esta lista no se agota en la doctrina francesa: la búsqueda de un criterio que permita darle sustantividad al derecho administrativo ha comprometido la doctrina en otras latitudes y ordenamientos; al respecto, por ejemplo, el profesor LUCIANO PAREJO destaca en su obra (*El concepto del derecho administrativo*, cit.) los aportes de KELSEN y MERKL sobre la base de la “teoría pura del derecho”; E. FORSTHOFF en Alemania, con sus trabajos en torno a la “procura existencial”; y en los últimos años, las teorías fundadas en las concepciones del Estado social y democrático de derecho. Así mismo, resulta necio desconocer las explicaciones y elaboraciones que recientemente sustentadas en las concepciones económicas neindividualistas han impregnado la lectura e interpretación de la disciplina. Puede consultarse igualmente, MUÑOZ MACHADO. “Las concepciones de derecho administrativo y la idea de participación en la administración”, en RAP, n.º 84, septiembre-diciembre de 1977. Una aproximación a la historia del derecho administrativo nos muestra la incansable y permanente búsqueda del elemento conceptualizador clave de la administración pública, en consecuencia definidor de su derecho propio, esto bajo el entendido de que los intereses públicos son diferentes y sustancialmente diversos a los de los particulares; en consecuencia, a los del derecho privado. Es así como se ha forjado un inmenso campo de criterios jurídicos referidos a la administración pública como objeto del derecho administrativo, algunas veces caracterizados por su inmensa variabilidad, que ha dejado una “pequeña historia de pequeñas frustraciones” doctrinales-administrativistas. Se atribuye esta proliferación a la incansable búsqueda de un elemento primario y esencial, de un criterio único que sea capaz de explicar la sustancia de la disciplina. En igual dirección, MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, cit. De este mismo autor, *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*, (s. l.) UNAM, Acervo Biblioteca Jurídica Virtual, IJ (s. f.).

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998.

La noción de servicio público se tornó, bajo la preceptiva encantadora del discurso realista, positivista, social y antimetafísico la escuela de Burdeos, en el vértice articulador o piedra angular de la tan esperada concepción iluminadora y razonadora, de todo aquello, que paradójicamente, había surgido en su momento, bajo consideraciones individualistas y de profundo derecho subjetivo, como una necesidad propia de la Revolución francesa: su derecho administrativo¹⁶⁴. Derecho que entonces, a partir de los postulados de Duguit y

¹⁶⁴ En relación con el surgimiento del derecho administrativo como un fenómeno propio y particular de la dinámica revolucionaria francesa puede consultarse dos importantes obras del profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. En primer lugar, GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución francesa y administración contemporánea*, cit., y *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, cit. En el primero de estos trabajos (*Revolución francesa...*) destaca el autor que son múltiples los factores que históricamente obraron en el proceso de reconocimiento en el ordenamiento jurídico posrevolucionario de la existencia de un derecho autónomo para la nueva y poderosa administración pública; entre los determinantes se invocan los siguientes: 1. La sujeción de la misma al principio de legalidad “*reino de la ley*”, postulado de confrontación directa respecto del Estado absoluto. “[...] Frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por, y en virtud de las leyes [...]”. La ley pasa a ser la más importante garantía de la libertad. Se agrega al respecto en la segunda de las obras citadas (*La lengua de los derechos...*), al referirse propiamente al derecho que se predica de la administración pública, que el punto inevitable de sustentación de la naciente disciplina lo constituye evidentemente el principio de legalidad, la técnica del “*reino de la ley*” en donde mediante la atribución específica de funciones y competencias a las autoridades por vía legal, “[...] hace de quien manda o ejerce cualquier clase de autoridad un simple agente de la ley, y no un hombre superior al ciudadano llamado a la obediencia [...]” (p. 181); 2. La ruptura con los postulados doctrinales prerrevolucionarios. La gran “*disidencia histórica*” en torno a la división de poderes. El surgimiento de una administración poderosa sin precedentes históricos, a partir de una muy particular idea de la división de poderes fundada en la tesis de la excepción de la aplicabilidad de sus postulados a la administración en asuntos tan sensibles como el control judicial y la potestad reglamentaria lo cual la colocaba en una posición privilegiada frente a otros poderes de la organización política estatal; 3. El crecimiento y potencialización del poder administrativo como respuesta directa y necesaria de la nueva estructura social. El gran motor de fortalecimiento del poder administrativo del Estado está dado por “[...] la idea misma de la revolución [...]”. La revolución en sí misma configuraba una incontenible avalancha de transformación social, postulaba una nueva estructura social para lo cual se requería un poder actuante significativo y poderoso que abanderara este propósito vital. La tarea transformadora no podía depender de meros postulados y discursos retóricos, expedición de actos generales o leyes: implicaba irremediamente una acción directa y efectiva, responsabilidad tan solo atribuible al aparato administrativo. “[...] Era preciso configurar un extenso poder capaz de asumir esta misión cuya amplitud desbordaba toda la tradición del Estado, y este poder debía ser, sobre todo, un poder gubernamental y activo, constante, general, notas todas que volcaban el peso necesariamente al lado de una administración [...]”. A este propósito contribuyó la ingente idea organizativa de Napoleón, quien en su momento proporcionó a Francia un sistema administrativo consolidador de estas necesidades revolucionarias, una verdadera constitución administrativa a la par de la Constitución política. Como conjugación de todos los anteriores elementos, concluye el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, se produce una transmutación en la naturaleza del poder ejecutivo que va más allá de su simple potencialización: “[...] Es que bajo la etiqueta formal de poder ejecutivo va actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a ese poder en la teoría de la división de los poderes [...]”. Se trata de un poder no simplemente ejecutor: es, ante todo, un sujeto que actúa permanentemente persiguiendo multiplicidad de fines, “[...] no limitados por su puesto, al simple respaldo coactivo de las leyes y de las

Jéze se le medía, entendía y justificaba sobre el manto encantador del colectivismo social¹⁶⁵.

Sobre este concepto se construyó la que consideraron en su momento, la gran teoría del derecho administrativo para la más grande y fuerte de las administraciones públicas, bajo conceptos de autonomía y especialidad, con reglas y principios particulares (derecho público exorbitante), constitutivos, por regla general¹⁶⁶, de un régimen jurídico propio diverso al del derecho privado¹⁶⁷, justificada en razones de interés público social¹⁶⁸, que permitía

sentencias [...]”. Para esta administración concebida como un sujeto actuante, de por sí abiertamente contraria a la doctrina revolucionaria, es que comenzara a predicarse un régimen jurídico propio y particular que iniciara su trabajo constructivo en busca de sustantivización a lo largo de los años. En el segundo de los textos (*La lengua de los derechos...*) se nos muestra el desarrollo de las principales instituciones de la disciplina en procura de su consolidación sustancial a la luz de los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado. De manera concreta, el derecho administrativo en cuanto a su contenido resulta ser el producto de las elaboraciones pretorianas y de sus análisis e interpretación doctrinal, con principios diferentes a los del derecho civil, que supuestamente parten de admitir las desigualdades propias de las relaciones entre administración y los ciudadanos e igualmente del carácter garante y gestor del interés general depositado en la administración, todo lo anterior con sujeción al principio de legalidad “[...] en nombre de la ley [...]” (pp. 194 y 195). En este sentido, concluye el autor, “[...] El derecho administrativo no se sustrae así a la gran corriente de creación del derecho público posrevolucionario y es una de sus más originales y trascendentes [...] invenciones, sin paralelo posible en el derecho del antiguo régimen [...]” (p. 196). Para este análisis resulta básica la consulta de ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, libro segundo, capítulos II a IV, pp. 119 a 143; libro tercero, capítulos III, VII y VIII, pp. 239 a 250 y 272 a 293.

¹⁶⁵ MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. “León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación”, cit., pp. 483 a 547.

¹⁶⁶ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II-1, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 3. La noción clásica de servicio público aceptaba, de manera absolutamente excepcional, para las cosas menores y accesorias, la presencia del particular en la prestación del servicio público con sujeción a su derecho: el privado.

¹⁶⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 21 y ss. Esta postura es profundamente criticada por el autor para quien resulta a todas luces irrefutable desde el punto de vista histórico y jurídico que el derecho civil contribuyó a la consolidación de las bases sustentadoras de los que se dio en llamar propiamente por los revolucionarios franceses como “*derecho administrativo*”. El “*préstamo*” histórico de la normatividad civil al nuevo derecho coadyuvó a que en posteriores evoluciones de las mismas bajo las nuevas ópticas interpretativas se le diera sustantividad realmente a la disciplina. “[...] Nos encontramos, por tanto, con la existencia de un verdadero préstamo de instituciones: determinar cuándo éstas, incorporadas ya al tronco del derecho administrativo, son realmente algo distinto, constituye ni más ni menos que la comprobación de su propia sustantividad [...]”. Además de lo anterior, el autor nos muestra de qué manera en las evoluciones posteriores de la disciplina se mantienen canales de comunicación permanentes con el derecho civil que hacen que la administración en su actividad cotidiana deba acudir realmente a esta normatividad en aras del cumplimiento de sus propósitos. En este sentido, se reitera en la obra que “[...] No puede, por tanto, aceptarse como correcta la ecuación, fines públicos a alcanzar por la administración-derecho administrativo. A aquéllos, a los fines públicos, sirve también el derecho privado [...]” (pp. 31 y 32).

¹⁶⁸ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., pp. 2 a 14. Del mismo autor puede consultarse *Soberanía y libertad*, Buenos Aires, Tor, 1943, pp. 89 a 105. Específicamente en

explicar y dar razón jurídica de absolutamente todas las situaciones vinculadas con la actividad pública administrativa y sobre todo, de manera principal, de aquellas relacionadas con la actividad prestacional y asistencial del Estado frente a la población, y por lo tanto, de los instrumentos idóneos para el acceso a su prestación, como lo era la concesión pública.

En este sentido, la concesión se constituía en un claro vehículo instrumental de la administración, no propiamente de inspiración individualista, ni mucho menos plagado de los contenidos propios del negocio privado, esto es, no marcado por el derecho subjetivo y el individualismo jurídico, sino ante todo impregnado de colectivismo¹⁶⁹.

El servicio público se tornó en consecuencia en una concepción inherente y connatural a la misma administración pública¹⁷⁰, parte sustancial de ella, por lo tanto sujeta a su derecho, en todo cuanto implicara asegurar el funcionamiento de mismo a partir de la idea motora de un régimen administrativo propio, con principios, procedimientos y sustancia diferente a la del derecho privado, que le permitiera justificarse no solo histórica, sino también materialmente frente al derecho propio de los particulares, y sobre esta base comprometer al aparato estatal, en especial al administrativo por regla general, a la satisfacción del interés general, mediante la prestación de servicios públicos¹⁷¹, así las cosas, el fenómeno concesional, en este especial entorno, se identificaba entonces con los propósitos y finalidades de la administración en relación con la

torno a las relaciones entre los conceptos de libertad y solidaridad entendida ésta como un fenómeno de lo social, en lo que DUGUIT llama “el concepto solidarista de la libertad”. Sobre el alcance del concepto de derecho social en la obra de LEÓN DUGUIT puede consultarse a GEORGES GURVITCH. *La idea del derecho social*, Granada, Comares, 2005, pp. 657 a 692.

¹⁶⁹ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 226 a 228.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, “Introducción”, pp. 48 y 100.

¹⁷¹ Inicialmente bajo los trabajos doctrinales y jurisprudenciales sustentadores de la teoría de los servicios públicos, específicamente en las elaboraciones de LEÓN DUGUIT resultaba claro y lógico que esto fuera así. Sin embargo, la evolución posterior de la figura degeneró en la apertura al derecho privado como derecho igualmente de su prestación. Véase sobre las concepciones clásicas la posición extrema de la tesis en DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público*, cit., p. 106. Las posiciones posteriores pero anteriores a la ruptura definitiva de la teoría del servicio público véanse en JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II-1, Buenos Aires, Depalma, 1948, pp. 4 y 41 a 70. Así mismo, léase lo expuesto en notas anteriores sobre este aspecto en especial PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 94 y 98.

colectividad, esto como un instrumento tendiente a la satisfacción de los intereses generales.

Bajo estas condiciones le era entonces inherente al Estado, principalmente a su aparato administrativo, en cuanto atribución propia, de manera directa, o mediante el desarrollo de la actividad concesional, todo lo relacionado con la organización y estructuración del servicio público con el fin de garantizar la presencia estatal, sin otro interés, que el de la atención al conflicto social, con ausencia plena, en muchos casos, de cualquier consideración de rentabilidad¹⁷².

En este sentido fluía sin discusión la existencia de una administración sujeta por entero a un derecho propio y especial. En esto, la noción de servicio público coadyuvó a la estructuración de una fuerte coherencia conceptual en torno al derecho de la administración en lo que la doctrina denominó con precisión como la perspectiva monista del mismo¹⁷³.

Bajo las elaboraciones de esta concepción clásica, a los servicios públicos se los concibió como toda actividad de los sujetos u órganos públicos tendiente a la realización de las necesidades de interés general. En este sentido, el servicio público compartía elementos subjetivos y materiales; los primeros en cuanto “actividad de sujetos u órganos”, y el segundo, en cuanto “realización del interés general”¹⁷⁴, que era en definitiva el dominante, si se piensa que en

¹⁷² VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 686. En estas condiciones no es propio del Estado la obtención de rendimientos por la prestación de servicios públicos; es más: puede decirse que es inherente a él, sencillamente, la satisfacción de las necesidades públicas. “[...] El Estado en la gestión de servicios y empresas públicas no alcanza frecuentemente resultados económicos parciales, no porque ello sea imposible, sino más bien porque su actuación se liga a otras finalidades, prevalentes sobre las estrictamente mercantiles. Por otra parte, no es insólito ni nuevo el hecho de una financiación de los servicios públicos por los llamados precios políticos, inferiores a los remuneradores en el mercado, que le sirven al Estado para la actuación de determinados fines públicos y entre ellos para conseguir una política redistributiva de la riqueza, que en definitiva aboca hipotéticamente a una ventaja colectiva, económicamente mayor [...]”.

¹⁷³ PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., p. 94.

¹⁷⁴ WEIL. Ob. cit., nota 13, p. 105. Puede consultarse a RIVERO. Ob. cit., nota 12, p. 472. El sentido material de un servicio público está dado por toda actividad de interés general, aunque ningún órgano público estuviese especialmente encargado de él.

últimas al servicio siempre se le entendió como actividad independiente del órgano o persona que la desarrollaba.

De esta forma, el interés general como connotación teleológica terminó convirtiéndose en elemento trascendental para el entendimiento del servicio público, en la medida en que prácticamente cualquier actividad, por regla general, perseguía un fin determinado, sobre todo si nos referimos a las actividades administrativas, que siempre buscaban y aun hoy se entiende que buscan el cumplimiento de los propósitos estatales, como lo es también, el propósito de toda actividad de los particulares cuando se comprometen con una actividad de interés general.

Siendo en consecuencia el servicio público, un problema tanto orgánico, como material y teleológico de la administración pública, el régimen jurídico de ésta, debía fundarse, por lo tanto en aquel. Así las cosas, el derecho administrativo desde este punto de vista era entonces el de los servicios públicos, entendidos estos, tanto orgánica como funcionalmente, en el sentido apropiado para garantizar y asistir al interés general de la comunidad. En esta dirección conceptual resultaba inadmisibles para la escuela de los servicios públicos, un régimen jurídico diferente al fundado en esta circunstancia material, como el adecuado y propio de la administración pública, en cuanto prestataria ineludible de servicios públicos¹⁷⁵, por esta vía, el derecho de la concesión pública, no podía ser otro, que el fundado en el mismo servicio público.

El derecho administrativo, visto desde esta perspectiva, englobaba las reglas jurídicas, principios, normas y procedimientos del derecho público que regían la prestación de los servicios públicos por los entes públicos, en contraposición a situación excepcional, admitida por la doctrina, de la prestación de dichos servicios públicos por los particulares, en cuyo caso se les aplicaban normas y

¹⁷⁵ JÉZE. Ob. cit., nota 5, p. 4. Para JÉZE, el asunto no admite discusión: “[...] Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a ciertas categorías de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico [...]”.

principios propios del derecho privado, facilitando de esta forma la prestación regular y continua del servicio.

Este régimen del derecho administrativo, así estructurado a partir de las ideas motoras de Burdeos, revestía características propias que lo hacían indiscutiblemente especial y particular. Se le incorporaron particularidades traducidas en normas, principios y criterios diversos a los del derecho privado, destinados a regir de manera especial, tanto a los funcionarios vinculados al servicio, como los bienes y recursos utilizados para su ejecución. Igualmente se incorporan conceptos como los de la exorbitancia vinculado a la identificación de poderes superiores de la administración en la prestación del servicio¹⁷⁶.

En general, la prédica de esta sustantividad del derecho administrativo incide significativamente en aspectos tales como los de la naturaleza de los actos expedidos por los agentes del servicio, la responsabilidad administrativa, la naturaleza de derecho aplicable a sus contratos y el reconocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa como la competente para conocer de los litigios suscitados con ocasión del servicio. Excepcionalmente, de manera prácticamente marginal, la administración acudía al derecho común¹⁷⁷.

No obstante esta aparente definición y claridad en torno del régimen jurídico de derecho público administrativo generado por los servicios públicos, el problema principal en los ordenamientos jurídicos influidos por la doctrina francesa en esta materia, consistió precisamente en consolidar un criterio cierto y seguro para identificar de manera concreta cada servicio público a cargo de la administración, con el fin de someterlos plenamente al régimen especial sustantivado de derecho administrativo, que se invocaba como propio, en razón de que el concepto trabajado por la escuela de Burdeos, por su

¹⁷⁶ BASSOLS COMA. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales", cit.

¹⁷⁷ PAREJO ALFONSO. Ob. cit., pp. 90 a 94. Los planteamientos radicales de la escuela de Burdeos llevaron a que siempre que se identificara un servicio como público, obviamente bajo la responsabilidad de la administración, el mismo desde la perspectiva jurídica era objeto del derecho público administrativo, lo cual es síntoma inicial de su futura crisis.

generalidad, no brindaba la suficiente solidez y certeza jurídica para saber cuando debía o no aplicarse el derecho administrativo.

Para estos propósitos, se hicieron algunas aproximaciones a un criterio definidor del problema calificando algunos servicios como públicos, por la costumbre en su entendimiento, como servicios públicos o por su especialidad. De esta manera, se habló de los tradicionales, como los de defensa y policía; técnicos, como los de correos, ferrocarriles y enseñanza; y, luego, en proceso de crisis del concepto, los llamados servicios industriales y comerciales.

Esta metodología, sin embargo, no fue suficiente, ni mucho menos generadora de seguridad jurídica, pues, por su generalidad, dificultaba permanentemente la labor, sobre todo del juez contencioso para determinar su competencia. El concepto de servicio público se hizo en consecuencia, relativo y dominado en muchas oportunidades por el subjetivismo, lo que llevó a incursionar en el ámbito de la arbitrariedad y de profundas improvisaciones para su identificación, calificación y evidentemente como tenía que ser para su debida prestación, esta última, que con el paso de los años, paso a ser también, de manera principal, un atributo de los particulares.

1.2. El contrato y la concesión en los trasfondos de la teoría

Bajo este contexto se desarrolló la figura del contrato administrativo y del modelo por excelencia de esta gran elaboración, el de concesión. Ahora bien, lo anterior no implica en manera alguna negar que el Estado históricamente ha contratado, para lo cual se han esbozado variadas posiciones jurídicas con el fin de explicar este fenómeno y sobre todo el del régimen jurídico aplicable a estos negocios¹⁷⁸, en los desarrollos doctrinales de la escuela de los servicios públicos, la milenaria construcción jurídica del contrato¹⁷⁹ es recibida por el

¹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", cit.

¹⁷⁹ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 3 y ss. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., pp. 69 y ss. Resulta claro que la figura y el concepto de contrato es el resultado de la evolución histórica de las relaciones negociales y obligacionales de la humanidad que ha tenido en los últimos siglos aplicaciones frente al sector público, lo cual impide sostener certeramente que el contrato del Estado o de la administración sea un

naciente y supuestamente autónomo derecho de la administración pública como uno de sus más importantes instrumentos para el cumplimiento y desarrollo de sus propósitos prestacionales, esto es, vinculado a los propósitos de interés general, diversos a los propios de la autonomía de voluntad característicos de las relaciones privadas, sobre todo sustentador de las relaciones económicas del individualismo clásico¹⁸⁰.

El contrato surge dentro del esquema negocial de la administración pública, vinculado en consecuencia a la noción de servicio público, lo cual le otorga, bajo esta concepción, sustantividad diversa de la del contrato de derecho privado, en cuanto materialmente se trata de contratos que interesan realmente al funcionamiento mismo de los servicios público y por lo tanto, se supone, deben estar relacionados de manera inmediata con las obligaciones y deberes de carácter social a cargo de la administración, y no propiamente con relaciones subjetivas individualistas, las cuales bajo esta concepción son desplazadas por conceptos solidaristas vinculados al interés público¹⁸¹.

La sustantividad así definida, conforme a la sustentación teórica de los servicios públicos, implica para estos contratos, su sometimiento al derecho público, en cuanto a procedimientos, principios, reglas, y a la solución de los litigios derivados del mismo, por la justicia contencioso administrativa. Esto es,

producto definitivamente auténtico y razonablemente diverso del desarrollado por el derecho en general. El contrato está vinculado a la historia de la humanidad y no exclusivamente del Estado y de sus instituciones. Al respecto puede consultarse: HENRY MAINE. *El derecho antiguo*, México, Extemporáneos, 1979, pp. 171 a 201; HENRI MAZEAUD y otros. *Lecciones de derecho civil*, volumen I, parte segunda, Buenos Aires, Jurídica Europa América, 1969, pp. 69 a 76. Traslada el origen de la figura del contrato a los desarrollos del derecho romano en especial a las connotaciones que adquirieron las figuras jurídicas del *nexum*, la *sponsio*, la *stipulatio* y posteriormente en los llamados contratos reales y en posterior evolución los innominados. El derecho canónico y posteriormente el código civil consolidan este proceso de consolidación de la figura negocial con todos sus elementos y características y ritualidades. En igual sentido: Jorge Giorgi. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, Reus, 1978, pp. 24 a 29; GUILLERMO F. MARGADANT. *El derecho privado romano*, México, Esfinge, 1985, p. 309. La figura contractual se remonta al derecho romano en las relaciones intersubjetivas entre deudor y acreedor en donde se garantizaba la deuda de manera personal con la entrega del garante. A este negocio se le llamó inicialmente *nexum* o sea el nudo o atadura negocial de la cual surge la idea de contrato o acto de cerrar el nudo. MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 23 y ss.

¹⁸⁰ MICHAEL E. TIGAR y MADELEINE R. LEVY. *O directo e a ascensao do capitalismo*, Río de Janeiro, Zahar, 1978, pp. 211 y ss.

¹⁸¹ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 27 a 45. Del mismo autor, *Manual de derecho constitucional*, cit.

se someten a un régimen jurídico especial en donde el interés privado se encuentra subordinado al interés general

En este contexto la doctrina encuentra que el instrumento óptimo para mediar entre la inactividad total de la administración frente a la prestación de los servicios públicos, las complejidades económicas y técnicas para su prestación directa y las limitaciones ideológicas, no es otro que la concesión¹⁸².

Así las cosas, profundizar en la problemática circundante al contrato de concesión, implica deshojar sistemáticamente la conformación histórica de la figura del contrato de la administración pública y por lo tanto adentrarnos en las intimidades de la denominada sustantivización de los negocios del Estado, predicada por los teóricos del naciente derecho administrativo continental europeo, a partir de los trabajos del derecho francés y sus países de influencia, sosteniéndose para los negocios de la administración la existencia de un régimen jurídico propio, diferente al de derecho privado, con reglas y principios especiales¹⁸³.

Desde la perspectiva estricta de lo jurídico, las razones históricas que dieron origen a esta concepción del contrato administrativo las encontramos en la consolidación de las instituciones revolucionarias francesas, en especial de las que se relacionan con el control judicial a la Administración Pública. Resulta indudable que dentro del proceso de conformación del derecho administrativo

¹⁸² ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, cit., pp. 238 y 239. “[...] En la concesión, el Estado encontrará una fórmula que le permita hacer compatible una y otra postura; por una parte, se entenderá que el Estado es el titular de dichas actividades, el *dominus* de los servicios públicos; de otra, se entenderá que el Estado no debe gestionarlos directamente y acudirá a la concesión como fórmula puente que le permita dirigir sin gestionar. La concesión se configura así como una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad corresponde primariamente al Estado, actividades que no eran intrínsecamente públicas, que formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales, pero que quedaban publicadas. Lo que la administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad sino su ejercicio [...]”.

¹⁸³ YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, tomo I, París, LGDJ, 2001, pp. 671 a 673; GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 668 y ss. Puede consultarse así mismo, ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 209. Destaca este autor cómo, a medida que el derecho administrativo iba consolidando una relativa autonomía frente al derecho civil, esto es “Adquiriendo una coloración administrativa cada vez más intensa [...]”, el contrato administrativo comenzó a ganar sustantividad, sujetándose a principios propios y específicos.

las experiencias francesas fueron indispensables para otorgarle al contrato administrativo la individualidad que actualmente le reconoce la doctrina. Puede admitirse, que gracias a la construcción posrevolucionaria, y sobre todo a la aportación napoleónica, la Administración Pública tuvo en Francia su propio derecho: el derecho administrativo; lo anterior, ante la preponderancia que siempre se le otorgó a la Administración Pública y a su descentralización de los otros poderes del Estado, en especial el judicial¹⁸⁴.

A este punto de consolidación se llega, igualmente, por la disidencia revolucionaria a los dogmas de la división de poderes. Esta situación, que coloca la Administración Pública en un evidente plano de superioridad frente a los otros poderes, generó de inmediato el desarrollo de un cuerpo jurídico particular, configurador de una especial legalidad de la actividad administrativa pública, que la sujetaba a un interesante y particular control, que a partir de Napoleón se radicó en la misma Administración a través del Consejo de Estado¹⁸⁵.

La dualidad entre un régimen positivo especial para una Administración poderosa con exorbitancia y control particular ante el rompimiento temprano con el poder judicial es el inicio de la caracterización del régimen francés y del sistema continental propiamente dicho, que en materia contractual significó, como lo hemos anotado, la apertura para consolidar la teoría de la sustantividad del contrato administrativo y la conformación de la concesión como su mejor expresión. Se considera que el derecho administrativo se consolidó en Francia como un verdadero “derecho de un grupo”, esto es, del grupo de la Administración. “Aunque la Administración se sirve en ocasiones del derecho civil, el derecho administrativo tiende a agotar las exigencias jurídicas de la misma Administración Pública [...]”. Este derecho se expande de tal manera que se hace necesario para regular la totalidad de aspectos en que interviene la Administración Pública¹⁸⁶.

¹⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución francesa y administración contemporánea*, cit., pp. 41 y ss.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 41 y ss.

¹⁸⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., p. 30.

La tesis de la sustantividad del contrato administrativo se consolida en el derecho francés a partir de la sustitución definitiva de los actos de autoridad y los actos de gestión como criterio central de delimitación entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria, con el surgimiento del criterio sustancial de los servicios públicos¹⁸⁷; circunstancia ésta que se origina con el fallo Blanco de 1873¹⁸⁸, y en especial con el fallo del caso *Terrier* de 1903¹⁸⁹, que le sirvieron a la doctrina para desarrollar la teoría de los contratos propiamente administrativos.

Esta teoría de todas maneras constituyó en su momento un importante aporte al contrato administrativo toda la construcción del contrato se transformaba a tal punto que comenzaba a sostenerse su naturaleza sustancialmente administrativa, abandonándose los criterios formales (a partir de un problema estrictamente procesal o de simple traslado de competencias de la jurisdicción ordinaria a la contencioso administrativa).

De esta forma el servicio público rompe de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil que comienza a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo la de su desigualdad por naturaleza: desigualdad a favor del interés general que implica todo servicio público. Así, el contratista no sólo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también y de manera especial al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la Administración goza de poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en

¹⁸⁷ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, cit., t. III, "Contratación administrativa", pp. 9 y ss.

¹⁸⁸ Sobre el fallo *Blanco* puede verse nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, cit., pp. 66 y ss.

¹⁸⁹ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 316: "En sus conclusiones en el caso *Terrier*, 6 de febrero de 1903 (rec., p. 97), Romieu, Comisario de Gobierno, distinguía claramente los contratos administrativos de los contratos civiles, diciendo: 'Corresponde a la jurisprudencia determinar [...] en qué casos estamos en presencia de un servicio público que funciona con sus reglas propias y su carácter administrativo, por el contrario, de actos que, interesando a la comunidad, toman la forma de gestión privada, entendiendo así mantenerse exclusivamente en el terreno de las relaciones entre particulares, en las relaciones del derecho privado [...]'"

la relación negocial. Desde el punto de vista del control, los litigios suscitados con ocasión de estos contratos se someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁹⁰.

Precisamente la doctrina clásica de los servicios públicos, expuesta por Gastón Jéze, entiende al contrato administrativo como una típica modalidad de colaboración de los particulares tendiente al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, razón suficiente para pensar que no puede someterse al derecho privado, sino a un estricto derecho administrativo¹⁹¹.

Ahora bien, bajo esta concepción, como lo anota este autor, se justificaban los contratos administrativos, sustancial y materialmente, pero no se negaba la posibilidad de existencia de contratos de derecho privado de la Administración. A través de los primeros se aseguraba el funcionamiento de un servicio público, sometido a reglas especiales; con los segundos, lo mismo, pero sujetos al derecho privado; “Todos los contratos celebrados por la Administración –contratos administrativos propiamente dichos o contratos de derecho privado– se rigen por cierto número de reglas comunes concernientes a la Administración. Cuando el contrato lo concluye la Administración con un particular las reglas concernientes a este particular son las de derecho civil [...]”¹⁹². Entre esas reglas comunes encontramos la competencia, el libre consentimiento, el objeto, los motivos, y las formas.

La doctrina europea de la época floreciente de la escuela de los servicios públicos retomó el anterior pensamiento. Así, Fernández de Velasco, en 1927, ligaba de manera inmediata los contratos administrativos a los servicios públicos. La noción de contrato administrativo, sostiene, “[...] se encuentra subordinada a los servicios públicos [...]”; en consecuencia, sujeta al régimen jurídico que el servicio público determine y al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Al igual que en el derecho y la doctrina francesa, los sistemas jurídicos de esta área de influencia construyeron, en

¹⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, cit.

¹⁹¹ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, pp. 175 y ss.

¹⁹² *Ibíd.*, t. IV, p. 5.

contraposición al típico contrato de derecho administrativo, el de derecho civil o privado de la Administración. Fernández de Velasco determina a los primeros por su relación con una obra o servicio público, por perseguir la satisfacción de necesidades públicas y encontrarse sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, precisamente porque todas las controversias surgidas de los servicios públicos generan competencias para esta jurisdicción¹⁹³.

Obsérvese que, no obstante las profundas elaboraciones de los doctrinantes de la sustantividad del contrato administrativo en torno a su naturaleza autónoma e independencia conceptual respecto del contrato propiamente de derecho civil, fue imposible negar que este último pudiera celebrarse por los entes públicos. En concreto, esta teoría aceptó la división entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, que si bien es cierto surgió de la ruptura histórica de los actos de poder y de gestión, por razones eminentemente políticas y procesales, se mantuvo durante el reinado doctrinal de los servicios públicos, sin otro fin que el de proporcionar una respuesta jurídica a todos aquellos contratos que no podían explicarse a partir de los servicios públicos y por lo tanto imposibles de sujetar a las reglas jurídicas de éstos y al control de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁹⁴.

En la práctica esta división no hizo otra cosa que abrir una enorme zanja conceptual entre dos fenómenos contractuales que en la realidad de las cosas no eran más que una sola institución vista y analizada desde dos perspectivas diferentes: la de la Administración Pública y la de los particulares; de ahí que en la práctica diaria la distinción entre contratos administrativos y de derecho privado no constituye otra cosa que mera especulación y retórica doctrinal, que ha servido para llenar páginas y páginas de doctrina y jurisprudencia. Esta es

¹⁹³ RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO. *Los contratos administrativos* (s. l.), Librería General de Vitoriano Suárez, 1927, p. 335.

¹⁹⁴ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, cit., t. III, "Contratación administrativa", pp. 15 y ss.

la razón básica para que García de Enterría, con certeza, llame a esta concepción como una teoría “notoriamente insatisfactoria”¹⁹⁵.

Conforme con lo anterior, y dentro de una visión estrictamente clásica del concepto de contrato de concesión, abordar su concepto y las características determinantes bajo los designios de la escuela de los servicios públicos, significa no perder de vista su tratamiento como un típico modelo contractual de estricto derecho administrativo, en evidente contraposición a los contratos de los particulares, esto es, con un régimen jurídico y de principios propios, de estricta naturaleza iusadministrativa, vinculado al cumplimiento de propósitos de interés general, es decir, un modelo sustantivado de negocio de la administración¹⁹⁶.

En esta dirección, se destaca por los doctrinantes de estas concepciones del derecho administrativo, que el de concesión, es precisamente, un contrato referido a la esencia misma de la organización y funcionamiento de los servicios públicos estatales, en cuanto mecanismo para su operación indirecta, en la medida en que implica, para la administración, encomendar a un individuo o a una sociedad el hacer funcionar, o explotar si es del caso, un servicio público o realizar una obra acompañándola de su explotación, mediante las especiales condiciones acordadas y contenidas en un contrato, básicamente de carácter financiero, luego de esencia comercial, con el cual se busca garantizar inversiones adecuadas y necesarias, por el concesionario, sin que el Estado pierda su titularidad¹⁹⁷.

Lo que de hecho implica para nuestro entendimiento de la sustantividad del

¹⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, cit., p. 110. La tesis de la sustantividad del contrato estatal entra en crisis con la crisis del servicio público y la debilidad de los criterios delimitadores respecto del contrato de derecho privado, que en definitiva no lograron estructurar el tan pregonado derecho autónomo para su regulación. El solo hecho de que en Francia, como en otros ordenamientos jurídicos, como el colombiano, se aceptara que los particulares también pueden ser prestadores de servicios públicos sujetándose al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria para resolver sus conflictos le quita la supuesta base material que esta importante corriente del pensamiento jurídico contractual procuró edificar.

¹⁹⁶ VILLAR PALASÍ. “La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo”, cit.

¹⁹⁷ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 361 y 362.

contrato administrativo, predicado por el derecho francés de los servicios públicos, una clara contradicción y un latente dilema, en cuanto implica de todas maneras aceptar reglas y principios propios de las relaciones comerciales para este tipo de negocios¹⁹⁸. Problema que la historia habría de resolver años después a favor del derecho positivo y por lo tanto del carácter mixto del régimen jurídico de los contratos de la administración. Reiterándose entonces, lo expuesto por algunos sectores doctrinales en el sentido de que la tan predicada tesis de la sustantividad del contrato estatal no es más que un falso problema planteado por la doctrina francesa, síntoma del complejo de inferioridad del derecho administrativo respecto del derecho privado¹⁹⁹, que para el caso se refleja en el más emblemático de los contratos sustantivizados por la escuela de los servicios públicos, como es el de concesión²⁰⁰.

Posición que de hecho surge permanentemente en los trabajos de esta concepción histórica del derecho administrativo, al señalar que en esencia, el contrato de concesión, es ante todo un problema financiero traducido en fórmulas contractuales²⁰¹. Constituye una estructura económica financiera tendiente a la estructuración de condiciones de esta naturaleza para organizar, explotar y hacer en fin viable la prestación de un servicio público por parte del concesionario, el cual se entiende, es un empresario que afronta los riesgos del negocio que le hubieren sido trasladados en razón de la naturaleza del negocio. En este sentido entiende la doctrina clásica, cuando se celebra un

¹⁹⁸ BARBARA MAMELI. *Servizio pubblico e concessione*, Milán, Giuffré, 1998, p. 482. Dentro del derecho francés se le reconoce el papel estelar a este mecanismo de gestión de los servicios públicos. En este ordenamiento jurídico, todo el derecho de los contratos administrativos desarrollado entre 1900 y 1930 se sustentó en el concepto de concesión de servicios públicos. “[...] Se trata de un derecho esencialmente jurisprudencial, con fuertes connotaciones consensuales: la teoría francesa sobre la concesión de servicios públicos, pretende, de hecho, conciliar, la organización de un servicio público con el ejercicio de una actividad puramente comercial: es una concesión que se inserta en la organización administrativa, pero confinado en el dominio del comercio privado [...]”.

¹⁹⁹ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, cit., t. III, “Contratación administrativa”, pp. 16 y 18.

²⁰⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., pp. 28 a 33. Se desprende de este importante trabajo que los dogmas derivados de la sustantividad del derecho administrativo, como el de actividad pública igual derecho administrativo puro, no son ciertos. Los mismos teóricos franceses tuvieron que acudir a las reglas y técnicas del derecho civil para conformar algunas de sus más importantes instituciones.

²⁰¹ J. A. GARCÍA TREVIJANO FOS. “Aspectos de la administración económica”, en RAP, n.º 12. septiembre-diciembre de 1950.

contrato de concesión, se realiza una ecuación financiera, lo que implica que el contrato sea en consecuencia eminentemente conmutativo, con todas las consecuencias que esto conlleva desde la perspectiva de la teoría de las obligaciones²⁰²

La importancia histórica de la concesión deriva de su papel trascendente y determinante para el desarrollo de las comunidades con la presencia y colaboración del particular, que asume responsabilidades financieras directas en la organización, prestación y operación de los servicios públicos y la construcción de grandes obras explotándolas, asuntos estos que por sus complejidades financieras y técnicas resultan de dificultosa materialización por la administración mediante su explotación directa²⁰³.

Históricamente la concesión estuvo ligada a la simple construcción de la obra pública que encajaba dentro de estas dificultades, sin mediar explotación alguna. Sin embargo como lo destaca la doctrina, la expansión de servicios públicos fundamentales y los suministros de servicios domiciliarios que se popularizaron en razón de los desarrollos tecnológicos haciéndose necesarios, pero costosos y de imposible organización y financiación por la organización administrativa pública, determinaron la ruptura histórica entre la simple concesión de obra y la novedosa de la concesión de servicios públicos, que en lo fundamental significa encomendar su explotación a un tercero, independientemente de la realización o no de la simple obra²⁰⁴.

Este sistema ha permitido a lo largo de la historia, la conformación de moderno equipamiento económico y de infraestructura de los países, por lo menos en aquellos en que sus ciudadanos tenían alguna capacidad de pago, para

²⁰² JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 375, 392 y ss.

²⁰³ VEDEL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 708 y 709.

²⁰⁴ ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos*, tomo II, cit., p. 17. Las necesidades propias de los grandes servicios públicos hicieron notar que la concesión podía comprender, sin mayores dificultades, tanto sobre obras como sobre la prestación de servicios públicos, e incluso vincular unas con las otras. Podían darse casos en que lo principal lo constituía la prestación del servicio público, con realización o no de una obra pública para estos propósitos. En muchos casos, la obra se consideró una actividad simplemente accesoria a la prestación misma del servicio público.

responder por las tarifas y contraprestaciones que implica el sistema concesional. Cosa difícil en países como el colombiano, en donde no obstante existir el incentivo institucional a la concesión y el privilegio para el desarrollo de grandes proyectos, en muchos casos, le correspondió a la administración local salir al auxilio de las primeras concesiones que se dieron, básicamente durante el siglo XIX.

En esta perspectiva, el concepto de concesión, por lo menos en su versión clásica que es la que llama por ahora nuestra atención, se sustenta y fundamenta en la teoría de los servicios públicos, entendidos los mismos, en cuanto privilegio funcional básico y determinante para la administración. Es en consecuencia, la escuela de los servicios públicos la que contribuye con su esencia doctrinal a la depuración de una sistemática sustancial y material del contrato de la administración determinada por el concepto abstracto y general del servicio público.

Podemos afirmar, en definitiva, aun partiendo de los trabajos de la escuela clásica de los servicios públicos, que el contrato de concesión encuentra su consagración como un contrato propio y típico de la administración, con propósitos de interés general, traducidos en el presencia del particular aportando financieramente a la organización y explotación de un servicio público y con sujeción, tanto a las reglas especiales del derecho público, como a los principios y normas del derecho privado que sean pertinentes y adecuadas.

De todas formas, como lo estudiaremos más adelante, la teoría de los servicios públicos y en consecuencia todas sus construcciones jurídicas, han sufridos profundos y decisivos embates doctrinales que han dado al traste con sus bases originarias, lo cual, no es más, en nuestra opinión, que el síntoma más evidente de la profunda crisis con que el concepto de servicio público había surgido a la vida jurídica en los trabajos de la escuela de Burdeos, colapso, que por más paradójico que parezca, no implicó en manera alguna la ruptura de la institución instrumental de la concesión, la cual subsistió a la hecatombe,

mudándose, mutándose, adaptándose como institución igualmente básica bajo la sombra de otras concepciones ideológicas y jurídicas, como ya había sucedido, desde sus pretéritos y remotos orígenes en el mundo de la antigua Roma en donde se desarrolló como una de sus instituciones primordiales para la ejecución de las grandes obras y servicios públicos ²⁰⁵.

1.3. El gran arquitecto: León Duguit

Desde la perspectiva doctrinal, y no obstante las profundas críticas que sobre sus trabajos se han formulado ²⁰⁶, el más destacado constructor de esta teoría de los servicios públicos, lo fue el profesor León Duguit ²⁰⁷, quien a través de su densa obra ²⁰⁸ avanzó cualitativa y cuantitativamente mucho más allá de una simple postulación del servicio público, como objeto exclusivo de atribución y

²⁰⁵ Puede consultarse al respecto los trabajos de los profesores CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, cit.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, cit.; y VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit.

²⁰⁶ Véase a este respecto entre otros a GEORGES GURVITCH. *La idea del derecho social. Noción y sistema del derecho social. Historia doctrinal desde del siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Granada, Comares, 2005, pp. 657 y ss.

²⁰⁷ MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. "León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación", cit., pp. 483 a 547. LEÓN DUGUIT, uno de los más relevantes publicistas europeos, nació en Libourne (Gironde, Francia) el 4 de febrero de 1859, y murió en Bourdeaux el 18 de diciembre de 1928. Recibió como agregado de facultades de derecho el 1.º de enero de 1882, se incorporó a la Universidad de Caen, donde permaneció hasta 1886. Toda su dilatada y fecunda carrera académica tendrá sin embargo como escenario la facultad de derecho bordelense. En ella alcanza la categoría de profesor de derecho público el 2 de abril de 1892, figura como asesor de su Decanato a partir de 1912 y ocupó este cargo desde el 1.º de mayo de 1919 hasta la fecha de su fallecimiento. Sobre el alcance de la obra de DUGUIT, puede consultarse MARTÍN REBOLLO. "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", cit., quien destaca, entre otras cosas, el carácter algunas veces contradictorio de tal manera que su obra no solo haya sido tachada de socialista y marxista, invocada por FIDEL CASTRO en su famosa "La Historia me absolverá", sino también de fascista, en cuanto a la influencia que ejerció en la doctrina italiana de aquella oscura época europea.

²⁰⁸ En diferentes textos LEÓN DUGUIT mantiene su línea expositiva e ideológica sobre el concepto de poder, soberanía y servicios públicos. En diversas ediciones pueden consultarse tanto su manual de derecho constitucional como su tratado de derecho constitucional. Ahora bien: en donde se profundiza sobre las razones de sus planteamientos es en los escritos conocidos como las "transformaciones", que constituyen un conjunto de libros sobre las transformaciones del Estado, el derecho público y el derecho privado, obras traducidas al español por el tratadista español ADOLFO POSADA y públicas por la famosa librería de FRANCISCO BELTRÁN de Madrid en los inicios de la centuria pasada. Las dos últimas obras fueron recogidas en un solo tomo por la editorial Heliasta de Buenos Aires en 1975 bajo el título de *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. También se conoce la reciente compilación de estos trabajos por la editorial Comares de Granada España (2007) bajo la dirección del profesor JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, donde se incluye otro de los trabajos de DUGUIT denominado *Las transformaciones del Estado*.

gestión administrativa²⁰⁹, desarrollando toda una concepción sociológica²¹⁰ del derecho y del Estado con amplias repercusiones en el mundo jurídico de su época; en esencia positivista²¹¹, frontera del individualismo y subjetivismo jurídico, la economía clásica, el orden metafísico y principalmente, en su país,

²⁰⁹ En relación con el contexto doctrinal y la época de DUGUIT, véase GARCÍA DE ENTERRÍA. "Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo", cit. Los servicios públicos, como construcción sociológica jurídica, en consecuencia profundamente teleológica y finalística, sus razones provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas que fueron magníficamente retomadas por el profesor LEÓN DUGUIT, dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado. Esta etapa del derecho público francés, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, constituyó la más brillante de la historia. La época de "[...] madurez de la disciplina en que ésta no sólo supera su legalismo esterilizador y organiza definitivamente, para darle una fuerza sistemática superior, los grandes hallazgos, sobre todo jurisprudenciales del siglo XIX, sino que, segura de operar desde una perspectiva virgen y especialmente fecunda de lo jurídico, se lanza arriesgadamente a proponer verdaderas teorías generales del derecho y del Estado". DUGUIT significa para el derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del derecho público que "[...] desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público [...]". En este sentido, el aporte de DUGUIT es amplio y se torna cabeza doctrinal del derecho público. Tratándose del derecho administrativo, es el pensamiento de GASTÓN JÉZE el que consolida la teoría del "servicio público" en cuanto a su concepto y la determinación del contenido de la administración pública.

²¹⁰ MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. "León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación", cit., pp. 483 a 547. De los mismos autores puede consultarse el trabajo introductorio a la edición española del libro clásico de LEÓN DUGUIT *Las transformaciones del derecho (público y privado)* (Granada, Comares, 2007) titulado "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit", páginas XI a XXXIX. La obra del profesor DUGUIT estuvo profundamente influenciada por los trabajos de ÉMILE DURKHEIM (1858-1917), de quien fue su discípulo, y del filósofo AUGUSTE COMTE (1798-1857). Del primero absorbió el pensamiento sociológico y experimental en sus relaciones con el derecho, el rechazo a las concepciones metafísicas, la idea siempre latente de solidaridad social, esto es de la preeminencia de lo social sobre lo individual, que indudablemente identifican y demarcan con un especial tinte toda su obra. La influencia resulta significativa a partir de ideas básicas del pensamiento de este filósofo, como las del *hecho social*, que lleva a DUGUIT a profundizar en la preeminencia de lo social sobre lo individual, en donde resulta ostensible cómo las reglas del método sociológico de DURKHEIM influyen en las apreciaciones jurídicas de DUGUIT. El mismo concepto de solidaridad social, deviene de los trabajos doctorales de DURKHEIM; y con el segundo (COMTE) reafirmó su profundo sentimiento social y de crítica radical no reaccionaria sumiéndose, según los autores, en el legado comteano del consenso fundamental de la organización social. La razón y la ciencia como las únicas con fuerza suficiente para explicar y alcanzar el orden social por fuera del oscurantismo teológico y metafísico.

²¹¹ GURVITCH. *La idea del derecho social...*, cit., pp. 657 y ss. GURVITCH pone en duda el verdadero carácter positivista de la doctrina de DUGUIT calificándola como simplemente de positivismo sensualista. Sostiene que si bien es cierto que DUGUIT caracterizó su doctrina como un sistema realista, socialista y objetivista, en contra de cualquier tipo de metafísica y en consecuencia de la utilización de la vía conceptual para la sustentación del derecho, los hechos y la concreción de su pensamiento parecen tomar una dirección diversa o, por lo menos, no auténticamente positivista. Para GURVITCH, el pensamiento de DUGUIT está, también, basado en conceptos e ideas; es más: muchas de ellas sumidas materialmente en conceptos propios del derecho natural. "[...] Hay un conflicto inextricable entre sus premisas filosóficas, tan simplistas como pasadas de moda, y su clarividente y profunda visión de la realidad jurídica [...]", asunto que ha debilitado sus ideas y mermado importancia a sus planteamientos y enseñanzas. Parodiando a WALINE, sostiene GURVITCH, que DUGUIT, más que un positivista puro y radical, fue ante todo un simple moralista y que ésta fue sinceramente la visión del mundo y del derecho que realmente predicó.

de las ideas inspiradoras de la teoría de las prerrogativas públicas y del concepto “poder público” como determinantes del Estado, la administración y por lo tanto del derecho público administrativo por aquellos años. Para Duguit el derecho contenía la fuerza virtual de ser el gran constructor de la vida social, encausando, en consecuencia su pensamiento, en lo que se dio en llamar como la doctrina realista, objetiva y positiva del derecho²¹², profundamente poseída, sobre todo, de análisis social²¹³, al igual que de elementos psicológicos²¹⁴ jurídicos y políticos²¹⁵.

La teoría realista pretendía una absoluta sustitución en las bases conceptuales tradicionales del poder y del derecho, sustentando una nueva doctrina para esta fenomenológica²¹⁶. Proponía sustancialmente una nueva visión del mundo político y jurídico: La teoría del realismo científico y social²¹⁷. En esencia se sustentaba y explicaba esta audaz construcción a partir de una secuencial y articulada postulación de bases doctrinales que se pueden determinar en los siguientes términos:

1.3.1. El reproche absoluto a la fundamentación y análisis metafísico del poder, el derecho o la ciencia social en general

El desconocimiento como válida de cualquier metodología basada en criterios metafísico, criterio este que debía ser eliminado del dominio jurídico, en cuanto desconocer absoluto de la realidad de las cosas, y sobre todo, por su carácter

²¹² DUGUIT. *El pragmatismo jurídico*, México, Coyoacán, 2008, p. 116. El alcance final de su gran construcción teórica está claramente plasmado en la totalidad de la obra de DUGUIT, en esto se deduce gran coherencia de sus planteamientos. En palabras de su ideador, la doctrina realista tiene un valor pragmático, “[...] porque sólo ella permite fundar sobre base sólida la limitación jurídica del poder del Estado. Porque sólo ella permite garantizar y proteger situaciones legítimas, tras de las que no se percibe ningún sujeto de derecho; en fin, porque sólo ella puede explicar toda una serie de actos nuevos, por los que se realiza el comercio en la época moderna [...]”.

²¹³ A partir de la influencia de los trabajos de E. DURKHEIM y de COMTE, como se ha expuesto y detallará más adelante.

²¹⁴ PESET REIG. “Notas para una interpretación de León Duguit”, cit., pp. 169 a 208.

²¹⁵ DUGUIT. Estudio preliminar a ÍD. *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 93 a 141.

²¹⁶ MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. Trabajo introductorio a la edición española del libro clásico de LEÓN DUGUIT *Las transformaciones del derecho público y privado* (Comares, Granada, 2007) titulado “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit”, pp. XI y ss.

²¹⁷ ADOLFO POSADA. Estudio preliminar a la obra de DUGUIT *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 7 y ss.

especulativo y conceptual, ausente en absoluto de hipótesis verificables, confrontables o constatables en el mundo de la realidad²¹⁸. Frente a esto, propuso en esencia, no obstante las críticas de la doctrina²¹⁹, un método característicamente positivo de constatación fáctica cuyo objeto y propósito no era otro que el de la comprobación de los hechos sociales; método de verificación científica y no meramente conceptual, idealista, especulativo o abstracto²²⁰.

²¹⁸ En este aspecto de la doctrina obsérvese la profunda influencia de los trabajos de AUGUSTE COMTE. *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 17, 23 y ss. En sus explicaciones en torno a la filosofía positivista, COMTE sostiene que la humanidad presenta un claro tránsito evolutivo por tres estados teóricos diferentes: el teológico, esencialmente provisional y preparatorio; el metafísico, que en la realidad de las cosas no es más que una modificación disolvente del teológico, un simple destino transitorio para llegar al positivo; y el positivo, el estado normal de las cosas, el régimen definitivo de la razón humana. En cuanto se refiere al estado metafísico antológico o abstracto, COMTE profundiza su alcance calificándolo de estado abstracto, especulativo, equívoco, no científico, inconsecuente, vago, vacío y arbitrario que busca explicar la íntima naturaleza de los seres, el origen y el destino de las cosas e incluso el origen y la forma en que se producen los fenómenos pero no sobre bases reales, sino mediante la utilización de categorías abstractas que pueden dar respuestas en diferentes direcciones. La metafísica es fundamentalmente argumentativa y no científica. No observa, ni verifica, ni confirma en la realidad, simplemente especula argumentativamente de manera sutil, acudiendo a principios confusos que no ofrecen prueba absolutamente de nada, que en muchos casos suscitan disputas sin salida. En esta dirección resalta COMTE que “[...] Se debe hacer notar, por otra parte, que su parte especulativa se encuentra primero muy exagerada, a causa de aquella pertinaz tendencia a argumentar en vez de observar que, en todos los géneros, caracteriza habitualmente al Espíritu metafísico incluso en sus órganos más eminentes [...]”. “[...] Se puede contemplar, finalmente, el estado metafísico como una especie de enfermedad crónica inherente por naturaleza a nuestra evolución mental, individual o colectiva, entre la infancia y la virilidad [...]”, esto es, el paso necesario, siempre intermedio entre la teología y el positivismo.

²¹⁹ GURVITCH. *La idea del derecho social...*, cit., pp. 657 y ss.

²²⁰ Véase igualmente COMTE. *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 27 y ss. El estado positivo o real es en COMTE el estado ideal y pleno, normal y adecuado, definitivo, racional y científico en la evolución intelectual de la humanidad. El discurso positivo parte del abandono a las investigaciones absolutas propias de una etapa infantil de la intelectualidad humana para fundarse en un método verdadero y real de observación y verificación, a la que COMTE considera la “[...] única base posible de los conocimientos accesibles en verdad, adaptados sensatamente a nuestras necesidades reales [...]”. El método positivista en cuanto estado ideal del pensamiento humano destaca y exige de manera fundamental en todo proceso intelectual resultados reales e inteligibles. En este sentido y para estos propósitos, COMTE plantea que “[...] Desde ahora reconoce, como regla fundamental, que toda proposición que no puede reducirse estrictamente al mero enunciado de un hecho, particular o general, no puede ofrecer ningún sentido real e inteligible [...]”. Bajo esta estructura doctrinal, el elemento fáctico juega un papel fundamental y el modo racional y experimental de llegar a su conocimiento es el adecuado científicamente. En este sentido, se reitera a la observación como el instrumento con eficacia científica en la concepción positivista, en reproche y rechazo a los criterios subjetivos y abstractos de la metafísica. COMTE resume magníficamente el método positivista, único adecuado y óptimo dentro del estado positivo del pensamiento humano, al indicar que “[...] La pura imaginación pierde entonces irrevocablemente su antigua supremacía mental y se subordina necesariamente a la observación, de manera adecuada para construir un estado lógico plenamente normal, sin dejar de ejercer, sin embargo, en la especulaciones positivas un oficio tan principal como inagotable para crear o perfeccionar los medios de conexión, ya definitiva, ya provisional [...]”.

La doctrina realista, en palabras de su mentor, pretendía ante todo, una lucha frontal contra la simple conceptualización jurídica; el reproche al diseño del derecho soportado en meros conceptos, a los cuales vinculaba con la esencia misma de la metafísica; las hipótesis comprobadas debían ser la esencia del derecho, sobre todo, aquellas comprobadas a partir de la verificación de los hechos sociales; el derecho debía partir sustancialmente de un realismo objetivo, positivo y social que permitiera determinar los fenómenos e identidades reales que se encuentran sus bases sustentadoras. En consecuencia, no podían considerarse como razones suficientes para la explicación de un hecho social, y sobre todo cuando el mismo tiene trascendencia al mundo de lo jurídico, que se hiciese sobre ideas sustancialmente espirituales, esto es, sobre meros conceptos. Lo importante y trascendente para una verdadera ciencia es el hecho y no la especulación conceptual. El verdadero científico del derecho recurre a hipótesis que deberá comprobar en el análisis de los hechos sociales y no a la conceptualización.²²¹

En este sentido, Duguit reacciona en sus diferentes trabajos de manera vehemente y profunda contra multiplicidad de fenómenos que considera ligados sustancialmente a meras conceptualizaciones metafísicas, reprocha y niega la procedencia del subjetivismo jurídico y de las concepciones sustentadoras de la existencia de los denominados sujetos de derecho, en este sentido su obra parte del desconocimiento a las bases metafísicas sustentadoras de los derechos subjetivos. De contera, con fundamento en esta negación desconoce el carácter de derecho subjetivo a la propiedad privada y la ubica sencillamente en una realidad verificable en su consideración, esto es, la que indica de manera sencilla que propiedad es simplemente una función dentro del contexto de lo colectivo, se explica y existe en razón de esta y no como un derecho subjetivo²²².

²²¹ DUGUIT. *El pragmatismo jurídico*, cit., p. 106. El concepto en la construcción doctrinal de DUGUIT no era otra cosa que una idea que no podía ser objeto de percepción directa, mientras que la hipótesis que debe preceder a toda metodología científica consistía básicamente en un supuesto fáctico que fácilmente podía ser comprobado por los sentidos.

²²² Este reproche constituye una línea de trabajo permanente en la obra de DUGUIT. Puede consultarse principalmente las obras referidas sobre las transformaciones del derecho, el pragmatismo jurídico y su manual de derecho constitucional.

En esta misma línea de reproche se rompe con los conceptos clásicos del poder, la soberanía y de contera el de Estado, que se fundaban en criterios metafísicos ligados íntimamente con la temática de los derechos subjetivos en consecuencia abstractos y salidos de toda lógica positiva. Como resultado de esta revisión del tema, la teoría realista abrió las puertas de la doctrina al concepto de servicio público como su sustituto realista y objetivo, tal como se expondrá a propósito del elemento solidarista de la doctrina²²³.

Para la doctrina realista, la eliminación de estos conceptos, que no son más que esto, meros conceptos, se rompe la diferencia entre gobernantes y gobernados, dándole paso simplemente al reconocimiento de individuos y grupo social, esto es a dos realidades comprobables y verificables, no producto de la especulación metafísica, sino resultado de la comprobación científica del derecho como entes con existencia real y efectiva y que en últimas será la base para construcciones posteriores de la teoría en relación al compromiso colectivo en torno a la prestación de los servicios públicos²²⁴.

1.3.2. El imperativo de lo social. El hecho social. La solidaridad

De manera articulada y complementaria a los anteriores planteamientos, se destaca en la doctrina realista de Duguit el imperativo de lo social, que deviene objetivamente del hecho social y desarrolla para la tesis el postulado de la ética

²²³ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 93 a 141.

²²⁴ DUGUIT. *El pragmatismo jurídico*, cit., p. 113. El desconocimiento y negación de los derechos subjetivos y de las elaboraciones en torno a los sujetos de derecho lleva, bajo las premisas y presupuestos de la teoría realista de DUGUIT, al reconocimiento de que los gobernantes no son otra cosa que simples individuos iguales a los demás del grupo social. La realidad política es la que hace que ciertos hombres tengan el poder, se les atribuya el mando del grupo, no por razones o ideas divinas producto del devenir de la especulación metafísica, ni mucho menos por una inexplicable investidura popular: lo tienen y ejercen única y exclusivamente en virtud del principio de solidaridad. La solidaridad se ubica, en consecuencia, en la base del poder. En razón de la fuerza de la solidaridad, “[...] Estos hombres están en una situación particular que les permite obrar; tienen el deber de crear y organizar servicios públicos, funciones públicas, y se les debe obediencia, pero sólo en la medida en que cumplan sus deberes [...]”. Puede consultarse igualmente la amplia exposición de DUGUIT en torno al papel de los gobernantes en relación con la interdependencia social en DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., pp. 72 y ss.

de la solidaridad²²⁵. Como anotábamos, el punto indiscutible de partida y construcción de los trabajos del profesor Duguit es el de la lucha contra la metafísica especulativa y acientífica, frente a la cual propone la constatación permanente de los hechos sociales, surgiendo en este contexto de la propuesta, en cuanto situación fáctica comprobable para la doctrina realista, la de la interrelación de dos hipótesis claramente determinadas, que se convierten prácticamente en la línea de trabajo e inspiración determinante en relación con el servicio público propiamente dicho y en consecuencia con los mecanismos aceptables y objetivos para su cumplimiento y satisfacción a la comunidad, como lo podía ser la concesión pública, estos hechos sociales evidentes para doctrina lo eran: La de la existencia de necesidades comunes que era necesario satisfacer en forma común para todos por la administración; y, la necesaria actitud colectiva de los hombres ante las necesidades comunes, que implicaba para los mismos, el abandono a posibles actitudes individualistas y la asunción, en conjunto de toda la problemática, prestándose los servicios requeridos por el colectivo de manera solidaria²²⁶ y conforme a las reglas de la división del trabajo propuestas por los estudiosos de la problemática social²²⁷.

²²⁵ COMTE. *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 94 y ss. El positivismo en la concepción de COMTE es esencial y directamente social como consecuencia de la misma realidad de las cosas, que involucra precisamente el concepto de solidaridad social, el mismo que irradia de manera absoluta el pensamiento de DUGUIT. En la filosofía positiva de COMTE, el hombre propiamente dicho no existe, no puede existir más que en humanidad, en sociedad, y su desarrollo depende de ésta. Resalta COMTE, y es recogido por DUGUIT, que “[...] El conjunto de la nueva filosofía tenderá siempre a hacer resaltar, tanto en la vida activa como en la vida especulativa, el vínculo de cada uno con todos, en una multitud de aspectos diversos, de manera que se haga involuntariamente familiar el sentimiento íntimo de la solidaridad social, extendida convenientemente a todos los tiempos y a todos los lugares [...]”. El nuevo pensamiento, el positivista, propugna la búsqueda activa del bien público, la felicidad de los individuos bajo criterios sociales. Este estado de cosas, al que COMTE denomina sutilmente “estado social”, está nutrido de sentimientos benévolos que se desarrollan libremente dentro de él, pero reprime los sentimientos propiamente individualistas, esto es, los estrictamente personales.

²²⁶ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 73. Es de advertir que en sus diferentes obras LEÓN DUGUIT invoca los conceptos de solidaridad, interdependencia social y solidaridad social como la fuente motora de las obligaciones y prestaciones de servicios públicos a cargo de los gobernantes sobre la base de un derecho social. Ideas centrales de la obra de DUGUIT que se reconducen doctrinalmente bajo el concepto de interés público, es decir, en cuanto la organización y prestación de los servicios públicos constituye bajo esta construcción teórica un imperativo de solidaridad social a cargo de los gobernantes que se proyecta de manera finalística sobre la colectividad.

²²⁷ DUGUIT. *El pragmatismo jurídico*, cit., p. 103.

Surge de esta forma para la teoría realista el postulado comprobado, según Duguit, de la ética de la solidaridad, expresión fundamentalmente sociológica, que como él mismo lo reconoce, se hace desprender, de manera directa y para las bases del ordenamiento jurídico, el de tener que ser, necesariamente, el derecho, el que atiende y se ocupe de la problemática generada por los hechos sociales; el derecho, en consecuencia, no puede mirarse más bajo la óptica del individualismo jurídico, productos de la metafísica acientífica, sino bajo el sentido de lo colectivo, pasando en esta dinámica a constituirse en un derecho en esencia social, objetivo y positivo²²⁸, nominado por el mismo Duguit, como Derecho Social, situación esta que da como resultado palpable en el pensamiento de Duguit, el que el derecho es un producto de la vida social, que surge de las necesidades evolutivas de la misma sociedad²²⁹.

Conforme a los postulados de la teoría realista en la base del derecho tan solo puede subyacer solidaridad humana en relación con los conflictos propios de la interdependencia social, de aquí la necesidad de que cualquier construcción jurídica se haga a partir del hecho social²³⁰, reconociendo como base

²²⁸ GURVITCH. *La idea del derecho social...*, cit., pp. 657 y ss. Me remito en estos aspectos trascendentes de la obra de DUGUIT a las profundas críticas que este autor les formula en esta obra.

²²⁹ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 7. En relación con la problemática del derecho social se expone de manera objetiva el alcance de ella, reiterándose el origen social de los contenidos del derecho y, sobre todo, la consideración de que es a partir del hecho social como se generan las relaciones del derecho y el individuo, en donde el derecho objetivo, determinado por lo social, entronca las razones sustentadoras de los verdaderos derechos subjetivos. Así las cosas, para DUGUIT, bajo la denominación de doctrina del derecho social se califican “[...] todas las doctrinas que parten de la sociedad para llegar al individuo, del derecho objetivo para llegar al derecho subjetivo, de la regla social para llegar al derecho individual; todas las que afirman la existencia de una regla impuesta al hombre que vive en sociedad y que hacen derivar sus derechos subjetivos de sus obligaciones sociales; todas las doctrinas que afirman que el hombre, ser naturalmente social, se haya, por eso mismo, sometido a una regla social, que le impone obligaciones respecto de los demás hombres, y que sus derechos no son otra cosa que derivados de sus obligaciones, los poderes o facultades de que dispone para cumplir libremente y plenamente sus deberes sociales [...]”.

²³⁰ DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Schapire, 1965, pp. 24 y ss. Son muchas y permanentes las remisiones que DUGUIT hace en sus obras a los trabajos de este profesor y sociólogo, retomando sus exposiciones en relación con el concepto de hecho social. Para DURKHEIM, el hecho social estaba conformado por todo aquel orden de situaciones fácticas externas al hombre y dotadas de poder coactivo sobre éste, que se impone sobre él, lo obligan y someten a partir de su especial caracterización, que además, y para efecto de cualquier análisis sociológico, debe ser tratado como cosas. Este aspecto resulta de mayor significación en la obra de DURKHEIM, quien lo eleva como la primera regla de su propuesta metodológica. Se trata de un simple pero trascendental ejercicio de metodología sociológica consistente en asimilar, según las mismas palabras de DURKHEIM, “[...] las realidades de la vida social a las del mundo exterior [...]”. En conclusión, el autor propone como fórmula de su

sustentadora de esta gran construcción una verdadera ética de la solidaridad, lo que implicaba en la tesis de Duguit²³¹, retomar la idea de la cooperación permanente de los miembros de la sociedad en procura de propósitos y finalidades comunes, en claro distanciamiento con los postulados y desarrollos conceptuales propiamente individualistas²³², ideas estas, que en últimas, no son otra cosa, que matices sociológicos de su doctrina, sustraídos de los trabajos de Comte²³³ y de Durkheim²³⁴.

construcción teórica de sociología social la de que “[...] Hecho social es toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer coacción exterior sobre el individuo; o bien, que es general en la extensión de una sociedad dada, conservando una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales [...]”.

²³¹ GURVITCH. *La idea del derecho social...*, cit., p. 659. Esta tesis, por lo demás central en los trabajos de DUGUIT, es retomada analíticamente por GURVITCH, prácticamente destruyéndola desde la perspectiva del positivismo. Al respecto sostiene que el principio del derecho fundado en el concepto de hecho social se transforma en la obra de DUGUIT más que en un referente objetivo y positivo, realista y verificable, en un simple ideal, absolutamente alejado de las exposiciones que al respecto y sobre este tema se hicieron por sociólogos tan respetables como DURKHEIM y otros más.

²³² MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. “León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación”, cit., p. 486.

²³³ COMTE. *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 94 y ss. El espíritu de colectividad es inherente a la filosofía positivista, según las palabras de COMTE, lo cual resulta lógico para estimular y consolidar el sentimiento de deber. En este sentido y bajo esta consideración, el espíritu positivista no es, ni puede compartir en manera alguna, la vieja moral individualista. “[...] Una apreciación más íntima y extensa, a la vez práctica y teórica, representa al espíritu positivo como el único susceptible, por su naturaleza, de desarrollar directamente el sentimiento social, primera base necesaria de toda moral sana [...]”. Esta realidad, sostiene COMTE, implica reconocer las falencias profundas del espíritu metafísico, de por sí egoísta y por lo tanto incapaz de desarrollar una moral de lo social, como sí es capaz, en virtud de su misma fuerza, el espíritu positivista. El positivismo es directamente social, y no otra cosa. Lo social resulta inherente al positivismo, en cuanto para esta construcción filosófica el hombre como individualidad no existe, sólo existe la humanidad, en la medida en que los fenómenos que nos involucran son sociales y no estrictamente individuales. El positivismo parte del análisis y entendimiento del “[...] vínculo de cada uno con todos, en una multitud de aspectos diversos, de manera que se haga involuntariamente familiar el sentimiento íntimo de la solidaridad social, extendida convenientemente a todos los tiempos y a todos los lugares [...]”.

²³⁴ DURKHEIM. *La división del trabajo social*, Buenos Aires, Gorla, 2008, pp. 217 a 262, capítulos V y VI del libro primero. Esta obra, por lo demás tesis doctoral defendida por DURKHEIM en 1893, constituyó sin duda una fuente inagotable de inspiración para las extensas exposiciones y elaboraciones de la doctrina de DUGUIT. La influencia y el reflejo de las conclusiones de DURKHEIM resultan evidentes en la teoría social y solidarista de DUGUIT. DURKHEIM pretende en su tesis articular la teoría social y la organización dentro del contexto –para su época– de la creciente problemática de la sociedad industrial. El libro contiene la respuesta a las inquietudes morales de la sociedad, incorporando para la sociología –y por conducto de esta para el derecho y la ciencia política– el concepto de solidaridad como el elemento articulador y compactador de los hombres en sociedad. En este sentido, la influencia de DURKHEIM en la obra de DUGUIT no admite duda: está en la base conceptual de ésta; en gran parte, el discurso de DUGUIT no es más que una prolongación de aquél. Una simple aproximación a la estructuración conceptual de DURKHEIM lo demuestra. Si retomamos la obra que nos ocupa, en la edición citada, de las manos de su prologuista el profesor y filósofo ERNESTO FUNES – “Estudio preliminar: un llamado a la solidaridad”–, encontramos que las inquietudes profundas de moral social del autor no distan mucho de las extensamente expuestas por DUGUIT y que hemos desarrollado en el texto principal de este trabajo. Destaca FUNES cómo la tesis de

En este sentido resulta claro entonces que su propuesta partía de entender al hombre como un fenómeno social²³⁵, vinculado y obligado frente a la comunidad, pero que desde el punto de vista de su realidad subjetiva se conservaba diferente a los demás siendo un imposible igualarlo objetivamente²³⁶, conservando su voluntad y personalidad real, lo anterior en clara contraposición a los fundamentos del individualismo jurídico y a las ideas metafísicas de una voluntad colectiva, general, distinta a la del individuo, fundada en criterios de personalidad jurídica del Estado derivada del reconocimiento individualista de los derechos subjetivos²³⁷.

DURKHEIM estaba dirigida básicamente a responder una gran inquietud tanto filosófica como sociológica vinculada a la problemática social, lo que en últimas termina siendo un problema de filosofía moral y que correspondía a una serie articulada de cuestionamientos circunscritos a determinar cuáles debían ser las relaciones entre la personalidad individual y la solidaridad social: ¿Cuál es el ideal moral de la sociedad moderna?, ¿Cómo es que, volviéndose más autónomo, el individuo depende más estrechamente de la sociedad?, ¿Cómo puede ser a la vez más personal y más solidario?, ¿Es el individualismo moderno una tendencia de naturaleza moral o a-moral?, ¿Cuáles son los vínculos que entrelazan a los individuos con la sociedad?, Al desarrollar los hombres cada vez más marcada personalidad individual ¿se vuelven por ello más egoístas, independientes y autónomos? Las respuestas a estas inquietudes siempre se reconducen por los senderos de la solidaridad social al admitir que no obstante las profundizaciones del individualismo el hombre necesita cada vez más de la sociedad. El desconocimiento de esta fuerza articuladora genera reacciones de la misma sociedad: sanciones de diferente orden, pero que en el ámbito del derecho se desarrollan en el contenido mismo de los derechos penal, civil e incluso administrativo. En conclusión, el individuo es socializado a partir de la semejanza de conciencias y la división social del trabajo.

²³⁵ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 8. Retomando los trabajos de COMTE y DURKHEIM, se observa en DUGUIT la marcada idea y el concepto profundo de la sociabilidad y el carácter social del hombre y su necesidad de la sociedad. Al respecto expone de manera insistente en diferentes trabajos, lo que indica en su obra constitucional, como presupuesto y fundamento de sus planteamientos jurídicos y políticos, en el sentido de que “[...] Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes [...] Pero el hombre comprende, además, que no puede satisfacer estas necesidades y no puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida en común con otros hombres [...]. Así, pues, diremos que el hombre está unido a los demás hombres por lazos de la solidaridad social. Para evitar la palabra solidaridad puede decirse la interdependencia social [...]”.

²³⁶ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 6. La idea de igualdad no rompe con la individualidad ni mucho menos con las fuerzas vinculantes de lo social en relación con los individuos. Esta preocupación de DUGUIT quedó marcada en diferentes textos al proclamar y sostener de manera clara que “[...] Los hombres, lejos de ser iguales, son, en realidad, esencialmente diferentes los unos de los otros, y estas diferencias se advierten y resaltan tanto más cuanto las sociedades presentan mayor grado de cultura. Los hombres deben ser tratados diferentemente, porque son diferentes. [...] Una doctrina que conduce lógicamente a la igualdad absoluta, matemática, de los hombres, es, por esto mismo, contraria a la realidad y debe rechazarse [...]”.

²³⁷ ADOLFO POSADA. Estudio preliminar a la obra de DUGUIT *Las transformaciones del derecho público*, cit., p. 15.

De todas formas, sobre la base del reconocimiento a las diferencias de los individuos, Duguit admite de todas formas que en algo todos los individuos somos iguales, y este fenómeno igualitario lo funda en los criterios de la comunidad de necesidades²³⁸. En este sentido y para estos efectos surge el deber de solidaridad que cohesiona al grupo como tal permitiéndole condiciones de vida comunes. Sin solidaridad el grupo social desaparecería. En esta dirección el hombre es por esencia un miembro del grupo social, que para vivir debe respetar la solidaridad obrando siempre de conformidad con ella²³⁹.

En este sentido la doctrina solidifica uno de los presupuestos distanciadores frente a las concepciones individualistas del poder y del derecho, el de la autonomía de la voluntad, como sustento de la coexistencia entre los individuos. Para Duguit, no es que el hombre por su propia voluntad se integra a un grupo, son las necesidades las que hacen que el hombre sea siempre parte del grupo social. El poder no deriva de la voluntad del individuo, sino de la sumisión a las necesidades solidarias del grupo en que este vive, a los deberes que tal convivencia implica²⁴⁰. La solidaridad así vista, no es en sí misma un derecho del individuo, es ante todo un deber. Ideas estas derivadas

²³⁸ *Ibíd.*, p. 13. La obra de DUGUIT recoge de manera magnífica la crisis del Estado y de la sociedad; los trastornos y cambios en la vida social y política; las transformaciones económicas del señor al capital y al proletariado; la consecuente complicación de las condiciones de vida; el aumento prodigioso de las necesidades de la comunidad, todo lo cual ha exigido y así lo advierte DUGUIT, una nueva ideología política y una nueva técnica jurídica.

²³⁹ DUGUIT. *El pragmatismo jurídico*, cit., pp. 103 y ss.

²⁴⁰ *ÍD.* *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 72. Este profundo sentimiento dentro de la teoría de DUGUIT implica que el poder debía subordinarse a la satisfacción de necesidades mediante la prestación de servicios públicos. Para estos efectos sustenta en consecuencia una concepción positiva, objetiva, social y solidaria del derecho, que implica una reevaluación absoluta del concepto de poder reconduciéndolo por los senderos exclusivos de la cooperación social. Los gobernantes, insiste DUGUIT, en cuanto seres iguales a cualquier otro, cumplen sus funciones bajo el designio de la interdependencia o solidaridad social. Es más –agrega este autor–: el cumplimiento de sus deberes, los impuestos por las reglas normativas, surgen necesariamente de la solidaridad o interdependencia social, esto como elementos básico de la disciplina social. Esta disciplina genera en relación con los gobernantes profundos deberes de cumplimiento y acatamiento a la solidaridad, lo que a su vez implica serias prohibiciones en relación con afectación, desconocimiento, inaplicación, discriminación, etc. de la misma. “[...] No pueden actuar en contra de la solidaridad por similitudes, esto es: no pueden en manera alguna hacer nada para que una clase, una minoría, o hasta un solo individuo constituya una traba o entorpecimiento para la satisfacción de las necesidades comunes a todos los hombres [...]”. Por otra parte, la disciplina social de defensa y protección de la solidaridad no puede en manera alguna conllevar perturbación de la libre iniciativa del individuo; la solidaridad social en este aspecto no significa desconocimiento de ella. Existe de todos modos un margen de respeto a todo aquello que no se relacione con lo colectivo.

del pensamiento filosófico de Comte al que Duguit guardaba especial devoción²⁴¹.

1.3.3. La negación del individualismo

Duguit, a partir de lo anterior, niega en absoluto el paso al individualismo en la construcción válida del poder, el Estado y sobre del derecho²⁴². Postulando, como lo hizo, y expuso sistemáticamente, una ética de la solidaridad y la consolidación de un método sociológico fundado en el hecho social y su constatación realista, negando en consecuencia, bajo la dinámica de estos planteamientos cualquier posibilidad de validez a los métodos abstractos e idealistas basados en la metafísica, esto es proponiendo un estricto derecho objetivo y positivista para la totalidad de sus elaboraciones doctrinales²⁴³.

En este sentido, estructuró desde la perspectiva de su doctrina las bases sustanciales de negación al individualismo clásico en relación con cualquier análisis o aproximación al entendimiento del poder, su ejercicio, los concepto de soberanía y del Estado, el papel de los gobernantes y gobernados e incluso en la formulación del servicio público como elemento material de la interdependencia y la solidaridad social. Para Duguit, las bases sustentadoras del poder y del antiguo régimen jurídico de carácter metafísico e individualista se sustituyeron por uno de carácter realista y socialista sustancialmente científico²⁴⁴.

Así las cosas, el individualismo como doctrina, según la teoría realista, carece de la fuerza vinculante del realismo científico y social para ser admitida como una doctrina adecuada en la búsqueda de explicaciones y verificaciones ciertas

²⁴¹ DUGUIT. *El pragmatismo jurídico*, cit., p. 104.

²⁴² COMTE. *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 92 y ss. Para un mejor entendimiento de los fundamentos de las posiciones negativas del individualismo en la doctrina de DUGUIT, puede consultarse el interesante análisis que desde la perspectiva positivista efectúa COMTE en torno al desarrollo del sentimiento social en sus posiciones filosóficas, que fueron indudablemente fuente inspiradoras del discurso realista de DUGUIT.

²⁴³ Véase las críticas a estas tesis en la obra de GURVITCH *La idea del derecho social...*, cit., pp. 659 y ss.

²⁴⁴ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 40 y ss. En el mismo sentido, ÍD. *El pragmatismo jurídico*, cit., pp. 73 y ss.

y reales. El individualismo es apriorístico en cuanto que se fundamenta en simples afirmaciones alejadas de la realidad. Parte para sus elucubraciones de considerar al hombre como un ser aislado, separado de los otros hombres, y sin embargo, titular de ciertas prerrogativas y de ciertos derechos que le pertenecen con fundamento, única y exclusivamente en su dignidad como persona humana, por el solo hecho de su existencia, sin consideración mayor al grupo al cual se está vinculado naturalmente, aspecto este materialmente contrario a los designios de la realidad y de la misma naturaleza humana que es la de su sociabilidad²⁴⁵.

El individualismo, inadmisibile bajo los parámetros del positivismo realista y objetivo de la escuela de Burdeos, solo concebía al hombre como dueño de si mismo, sumido en la autonomía de su voluntad, y por lo tanto, centro absoluto de la universalidad, este planteamiento, que deviene sin dudas de la filosofía estoica, revivida en los trabajos jurídicos del derecho romano y posteriormente ampliamente postulada en la declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789²⁴⁶ como cabeza heráldica del pensamiento revolucionario, sostiene Duguit²⁴⁷, no pasa de ser una simple y llana afirmación especulativa, retórica y gratuita, producto de las ideas metafísicas, que carecen de confrontación científica con la realidad social, es más, con la misma realidad de los sentidos²⁴⁸.

²⁴⁵ ÍD. *Fundamentos do direito*, Campinas, LZN, 2003, p. 11.

²⁴⁶ Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789:

“Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; por tanto las distinciones sociales no tienen más fundamento que la utilidad común.

Artículo 2. El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; a saber: la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la opresión [...]”.

²⁴⁷ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 40 y ss. Durante más de cien años, sostiene DUGUIT, haciendo referencia a las bases revolucionarias del individualismo jurídico, el sistema del derecho público descansaba en principios de carácter metafísico e individualista. Al individualismo se le veneraba como artículo de fe religiosa y sus principios que se llegaron a considerar definitivos e inmutables. El individualismo fluía no sólo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano sino también de las constituciones y leyes de la época revolucionaria. En el alma del sistema individualista estaba el subjetivismo jurídico y todo lo que de él se desprendía como efectos directos en la organización del poder, la concepción del derecho, los derechos individuales, la soberanía etc. En líneas generales, el individualismo se refleja en dos ideas centrales: “[...] La idea de soberanía del Estado teniendo por titular originario la nación personificada, y la idea del derecho natural, inalienable e imprescriptible del individuo, oponiéndose al derecho soberano del Estado [...]”.

²⁴⁸ ÍD. *El pragmatismo jurídico*, cit., pp. 73 y ss.

La realidad de las cosas nos muestra algo diferente, que el hombre es esencialmente social y solo en relación con la sociedad puede predicarse de él derechos y deberes, no por el hecho falso y retórico de su simple existencia. El hombre individualmente no puede tener derechos naturales, esto en la medida en que por su naturaleza es esencialmente sociable, si el hombre tiene derechos, reitera Duguit, lo es simplemente en cuanto ser sociable. La noción de derechos del hombre supone vida social, devine de esta, del medio social²⁴⁹. En este sentido el individualismo pierde de vista la realidad científica de que el hombre nace siempre miembro de una colectividad, vive siempre en sociedad y solo puede vivir en ella. Este postulado central en el pensamiento positivista y realista de Duguit, implica desde el punto de vista práctico de su teoría, que cualquier tipo de análisis sobre el tema no puede tener otro punto de referencia distinto al de esta realidad verificable, la del hombre natural pero sociable.

No desconoce la doctrina realista la individualidad de cada ser humano, sencillamente lo concibe como persona pero dentro del marco del colectivo social. En esto reitera Duguit, el hombre natural objeto de la doctrina positiva, realista y objetiva, no es más el ser aislado, tal como fue idealizado de manera abstracta por los filósofos metafísicos; no es cierto que lo es absolutamente libre, independiente, dueño absoluto de su voluntad y llevado de su parecer por esta, sin consideración, a los demás hombres y del grupo mismo. El individuo visualizado por el realismo conserva su individualidad pero está inevitablemente contextualizado en la sociedad, en un grupo determinado, sujeto por lasos irrompibles de solidaridad e interdependencia social, lo cual, de por sí, significa, una transformación sustancial en el entendimiento de los fenómenos ligados al derecho público y a la misma concepción política de Estado y del derecho²⁵⁰.

En esta perspectiva para la teoría realista, queda en un plano de relegación absoluta el problema relativo al del nacimiento del hombre, el cual, no le genera al mismo, ningún tipo de derechos en cuanto no sea referido este

²⁴⁹ ÍD. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., p. 46.

²⁵⁰ ÍD. *Fundamentos do direito*, cit., p. 11.

hecho al contexto de lo social. La concepción del hombre aislado es una mera entelequia acientífica que no está llamada a producir efectos jurídicos en el ámbito de los derechos del hombre como lo fue propuesto en la declaración francesa. Lo trascendente es que los hombres nazcan como miembros de una colectividad, con todo lo que ello implica desde el punto de vista obligacional y de deberes. En esta línea, el individualismo peca de superficial e ingenuidad, en cuanto que como lo reitera Duguit, el hombre separado de la sociedad nunca ha existido²⁵¹.

Bajo los designios de la concepción individualista, la idea de soberanía del Estado, materializada en el concepto de nación persona jurídica, titular de derechos subjetivos, como tal con una voluntad superior a las voluntades de sus súbditos (superioridad que configura propiamente dicho la soberanía o poder público), se impone, manda, formula las ordenes que sus destinatarios, ciudadanos y súbditos, deben obedecer. Las órdenes que formula el Estado, no son otra cosa, que ejercicio de sus derechos subjetivos superiores; complementa este esquema individualista y subjetivo, en clara oposición limitante de los derechos subjetivos superiores del Estado, y amparados en la idea del derecho natural, los derechos igualmente subjetivos inalienables e imprescriptibles de los individuos propiamente dichos, derechos que debían ser, paradójicamente, garantizados por el Estado en desarrollo de su soberanía, esto, en cuanto, la constitución del poder, se hacía básicamente en

²⁵¹ ÍD. *Manual de derecho constitucional*, cit., pp. 5 y 6. El individualismo es esencialmente metafísico y adicionalmente se contrapone a la interdependencia y la solidaridad social, en consecuencia contraria al realismo jurídico, el positivismo y toda concepción científica del derecho. “[...] La doctrina individualista no puede admitirse, a nuestro juicio, porque reposa sobre una afirmación a priori e hipotética. Se afirma, en efecto, que el hombre natural, esto es, el hombre considerado como un ser aislado retirado de todos los hombres, se haya investido de ciertas prerrogativas, de ciertos derechos que le pertenecen por el solo hecho de ser hombre, a causa de la eminente dignidad de la persona humana, según la expresión de HENRI MICHEL. Y esta es una afirmación puramente gratuita. El hombre natural, aislado, nacido en condiciones de absoluta libertad e independencia, respecto de los demás hombres, y en posesión de derechos fundados en esta misma libertad, en esta independencia misma, es una abstracción sin realidad alguna. De hecho, el hombre nace ya miembro de una colectividad; ha vivido siempre en sociedad, y no puede vivir más que en sociedad, y el punto de partida de toda doctrina sobre el fundamento del derecho, aunque sea, como debe ser, el hombre natural, no es el de ser aislado, y libre de los filósofos del siglo XVIII, sino el individuo ligado, desde su nacimiento, con los lazos de solidaridad social. Lo que se debe, pues, afirmar, no es que los hombres nacen libres e iguales en derechos, sino más bien que nacen miembros de una colectividad y sujetos, por este solo hecho, a todas las obligaciones que implican el mantenimiento y el desenvolvimiento de la vida colectiva [...]”.

la dirección y propósito de asegurar al hombre la protección de sus derechos subjetivos, tal como se desprende del artículo segundo de la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789²⁵².

En la dirección señalada del individualismo clásico, el derecho subjetivo del individuo se ubica en la base misma de los desarrollos propios del derecho objetivo. Las normas o reglas de derecho se imponen con el propósito indiscutible de asegurar siempre y bajo cualquier circunstancia la defensa, y protección de los derechos individuales, generando por lo tanto límites naturales a los derechos subjetivos de la colectividad en cabeza del Estado soberano²⁵³.

En sus observaciones sobre el tema, Duguit, sostiene que frente a la teoría realista, positiva y objetiva el sistema individualista, no admite la mayor resistencia a un análisis profundo y científico. Es más, parte de calificarlo como un sistema absolutamente descompuesto, que pasados nada más de cien años de su postulación doctrinal las bases sobre las cuales se soportaba, decayeron: la soberanía del Estado y el derecho natural de los individuos han muerto precipitadamente al no resistir, sus fundamentos metafísicos, los embates del positivismo, que rompió cualquier consideración política y jurídica fundada en meras ficciones; Para el caso, sostiene Duguit, los conceptos fundantes del individualismo, no eran más que eso, meras ficciones insustentables mediante un método realista tanto científica como socialmente²⁵⁴.

²⁵² ÍD. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 41 y 42.

²⁵³ *Ibíd.*, p. 44. El sistema individualista así presentado, y generado a partir de los planteamientos teóricos y de las normas implantadas por los revolucionarios de 1789, cuyos seguidores, por lo demás, llegaron a concebirlo como dogma eterno e inmutable, para DUGUIT no fue otra cosa que un sistema subjetivista, metafísico, imperialista o regalista. Subjetivo, en cuanto el sistema fue concebido sobre la base del juego permanente entre derechos subjetivos de órdenes diferentes, limitados unos por otros; metafísico, en cuanto proviene del ámbito especulativo y no propiamente científico de la comprobación del hecho social; imperialista, en cuanto implica de cualquier forma el ejercicio del poder de mando o imperio de la nación organizada como estado en relación con los súbditos.

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 46. Las cargas de profundidad de DUGUIT contra lo que él denomina los sustentos metafísicos del individualismo y su cadena de ficciones insustentables alcanzan incluso al *Contrato social*, la clásica obra revolucionaria de JUAN JACOBO ROUSSEAU, sustentadora de las ideas de la voluntad nacional. Para DUGUIT, esta obra, “[...] que a tantas generaciones ha entusiasmado y en nombre del cual se ha hecho la Revolución, no es, aparte del esplendor de su estilo, más que un tejido de sofismas [...]”.

1.3.4. El servicio público como instrumento de la solidaridad, e interdependencia social

La postulación del servicio público como instrumento de la solidaridad e interdependencia social, deber funcional que se impone a los gobernantes en relación con su creación, dirección, organización y funcionamiento interrumpido. En opinión de Duguit, tan impotentes resultaron ser las bases metafísicas del individualismo que no resistieron la realidad de las transformaciones económicas de la sociedad. Las bases fundantes del individualismo y del subjetivismo provenientes de los trabajos de la Revolución francesa se rompieron ante hechos sociales y económicos irrefutables: la imposibilidad de subsistencia autónoma del individuo ante la desaparición de la economía doméstica, haciéndose necesario la presencia del colectivo asistiendo las falencias del individuo, atendiendo la gran masa de sus necesidades elementales; además, constituye una realidad irrefutable, según Duguit, que la magnitud de los descubrimientos científicos y los progresos industriales, hicieron que las relaciones entre los hombres se hiciese cada más compleja, y numerosas, propiciando y ahondando en una más íntima y fructífera interdependencia social, complicando en consecuencia cualquier hipótesis de supervivencia del individualismo.

El crecimiento incontenible de la interdependencia social, aunado a la ética de solidaridad, el hundimiento del individualismo y sus sofismas metafísicos, el desvanecimiento del subjetivismo y de la noción de soberanía, el consecuente cambio material en el contenido mismo del concepto de Estado y, por lo tanto, el sentido del poder público y su ejercicio, volcados ahora de manera cierta en torno al realismo objetivo y el contexto de lo social, comprometieron de manera decisiva a la colectividad frente al individuo; compromiso que se concretó en la atención de sus necesidades primordiales, necesidades que se deben atender ahora mediante la prestación de servicios públicos, no el simplemente clásicos ligados al viejo concepto de soberanía subjetivista y metafísica, como los de guerra, policía y justicia, que bajo los designios del realismo objetivo de Duguit,

también merecen atención de las autoridades; técnicos, como los de correos, ferrocarriles y enseñanza; sino, básicamente de aquellos que tienen relación directa con necesidades primordiales, o sea, aquellos, que de llegar a fallar o a interrumpirse por un solo instante, ocasionarían una ruptura profunda en la vida social misma: Los llamados servicios industriales.

Los servicios públicos industriales, como los denomina Duguit, tienen vinculación directa con las necesidades cotidianas y apremiantes de los individuos en sociedad, y su atención no corresponde a los gobernantes bajo designios metafísicos y de consideraciones subjetivas inspiradores de los conceptos de soberanía, Estado y poder. El servicio público industrial no es el resultado del ejercicio de poder de mando, fundado en la idea metafísica de una voluntad superior que se impone, sino, por el contrario, en la obligación y el deber del gobernante de obrar en relación y respecto de las necesidades objetivas y reales de los individuos en comunidad. Esas actividades vinculantes para los gobernantes, que implican irremediamente la atención en todos sus aspectos de las necesidades constituyen la esencia y objeto de los servicios públicos. Así las cosas, en la más profunda intimidad de los servicios públicos, no reposa otra cosa distinta a la más pura solidaridad e interdependencia social generadora de deberes funcionales para los gobernantes, en consecuencia, la finalidad de toda actividad de los gobernantes, no puede ser otra que la de crear, dirigir, organizar y hacer funcionar ininterrumpidamente los servicios públicos.

Esta concepción objetiva y realista trae como consecuencia una transformación sustancial en el contenido material del derecho público que podemos asumir conforme a la siguiente postulación de ideas de Duguit²⁵⁵:

²⁵⁵ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 93 a 141. Si bien es cierto esta obra fue pública en 1915, el texto aparece firmado por el autor en Burdeos el 31 de enero de 1913. La edición está acompañada de un estudio preliminar del traductor ADOLFO POSADA sobre la idea de Estado y la noción de soberanía en la obra de DUGUIT, al igual que de un acápite introductorio del autor en torno a las transformaciones del derecho público y la necesidad de su adecuado estudio y conocimiento, introducción que es omitida en la mayoría de las ediciones que en los últimos años se han efectuado de esta obra de LEÓN DUGUIT; omisión desafortunada en la medida en que en este documento se puntualizan los mayores aportes de su trabajo doctrinal en torno de la transformación del derecho público de su época y que podríamos sintetizar en la formulación de toda una

1.3.4.1. El poder y en consecuencia la soberanía no deviene de derecho subjetivo alguno

Bajo esta perspectiva, para Duguit, el concepto de poder público reconducido tradicionalmente en torno al postulado absoluto de soberanía, sustentado en los razones de *imperium* y de *dominus*, derechos estos subjetivos por excelencia dentro de las construcciones jurídicas romanas, resultaban, en su criterio “*artificiales y precarios*” injustificados, sin perspectiva o limitación objetiva, lo que hacía de este concepto de soberanía, en su versión clásica y subjetiva: simple ejercicio del poder derivada de una voluntad superior artificial, por lo tanto, metafísica, en clara contradicción con la realidad social²⁵⁶. En la doctrina realista, todas las voluntades son voluntades individuales; el concepto de jerarquía no es predicables en relación con ellas; Todas las voluntades valen lo mismo y este valor está vinculado y determinado por el fin que se persigue, la del gobernante, tan solo por el fin mismo de organización y

sistemática positivista que partía principalmente de la reafirmación de una ruptura con las concepciones individualistas, el derecho natural y subjetivo y sobre todo de la idea de soberanía sustentada en estas proscritas bases ideológicas y jurídicas a las que calificaba de metafísicas, agotadas e inadmisibles para una sociedad que cien años después de la revolución que las postuló había evolucionado sustancialmente. Al respecto sostiene que el sistema clásico derivado de la revolución se ha descompuesto. “[...] Las dos ideas que le servían de fundamento, la soberanía del Estado y el derecho natural del individuo desaparecen. Se advierte que uno y otro son conceptos metafísicos, que no pueden servir de base al sistema jurídico de una sociedad profundamente influida por el positivismo [...]”. sobre estas consideraciones postula la que se considera la consagración sustancial de la doctrina social y jurídica de los servicios públicos como piedra angular de un nuevo concepto de poder y del Estado no fundado en la idea de soberanía individualista y subjetiva, sino más bien en la de organización y funcionamiento de los servicios públicos. Para DUGUIT, los cambios formidables en la economía sucedidos a partir de la segunda mitad del siglo XIX dejaron sin piso las construcciones jurídicas rígidas y metafísicas de la Revolución francesa que se basaban en un sistema de economía doméstica que ha sido sustituida por la gran economía nacional, adicionalmente los descubrimientos científicos y los progresos industriales; todas estas circunstancias suscitaron una impresionante interdependencia social y, si se quiere, un abandono al hombre individualmente considerado, que requiere de la sociedad para la satisfacción de sus múltiples y complejas necesidades. Sobre esta argumentación deposita pues su tesis central según la cual “[...] el principio de todo sistema de derecho público moderno, se encuentra resumido en la proposición siguiente: los que de hecho tienen el poder no tienen un derecho subjetivo de poder público; pero tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento [...] la voluntad del gobernante no tiene ninguna fuerza como tal; no tiene valor y fuerza más que en la medida en que persigue la organización y funcionamiento de un servicio público. De este modo, la noción de servicio público acaba por sustituir a la de soberanía. El Estado no es un poder soberano que manda; es un grupo de individuos que tienen una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos. La noción de servicio público deviene la noción fundamental del derecho público moderno. Los hechos lo van a demostrar [...]”.

²⁵⁶ DUGUIT. *Soberanía y libertad*, cit., pp. 5 y 45.

funcionamiento de los servicios públicos La idea clásica de soberanía poder fuerza imposición, dominación, mando y jerarquía pierde cualquier valor y validez, siendo lo determinante, a la luz del realismo jurídico y político el fin de servicio público. “[...] Los que de hecho tienen el poder no tienen un derecho subjetivo de poder público [...]”²⁵⁷

Para Duguit el concepto de soberanía se había sustituido históricamente por la de servicio público, en cuanto que al hecho objetivo y palpable, comprobable de las necesidades colectivas correspondía una respuesta real y ésta solo podía provenir de la materialización de la solidaridad que implica el servicio público, la fuerza de una voluntad superior que conlleva el mando e imposición coactiva, se muda objetivamente por deberes prestacionales en relación con las necesidades de los individuos en comunidad²⁵⁸. “[...] quienes de hecho tienen el poder...tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento [...]”²⁵⁹

El ejercicio del poder, por lo tanto, todo acto que realicen o ejecuten los gobernantes, deben estar dirigidos sustancialmente a los fines indicados: la materialización del objeto mismo del servicio público. La validez y la fuerza vinculante de los actos de los gobernantes están dadas si buscan las finalidades de servicio público. “[...] quienes de hecho tienen el poder... los actos que realizan no se imponen y no tienen valor jurídico más que cuando tienden a este fin [...]”²⁶⁰

²⁵⁷ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 47 y 48.

²⁵⁸ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., p. 26. El servicio público engendra obligaciones y deberes inevitables para los gobernantes dentro de la sociedad. En este sentido, el servicio público es ante todo un concepto material que irradia de manera magnífica la totalidad de las actuaciones públicas, las inspira y vincula en aras de su consolidación. “[...] La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que mediante la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público [...]”.

²⁵⁹ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., p. 47.

²⁶⁰ Ídem.

1.3.4.2. La consecuente reformulación del concepto de Estado en abandono a las ideas metafísicas de la soberanía y la personalidad jurídica

La cooperación del grupo en la esencia del Estado. Las ideas fuerzas determinantes de los conceptos de poder y soberanía bajo preceptos de solidaridad y de hondo contenido finalísticos y sociales, dejan entrever todo el contenido sustancial de los trabajos de Duguit, consolidando una línea clara y definida en los mismos: la de que, ante la sustitución de la idea de soberanía por la de servicio público, el concepto de Estado, no es más la de un poder soberano detentador de la fuerza con poder de mando e imposición. El Estado, se entiende ahora a partir del criterio de la solidaridad, como una agrupación de individuos con poder de coacción suficiente para cumplir con las obligaciones y deberes para con la sociedad creando dirigiendo actividades que se concretan en los llamados servicios públicos.

En esta misma dirección los agentes del Estado, no son más poderosos señores superiores con autoridad de mando, amos empotrados, y los gobernados simples subalternos destinados a obedecer; en la doctrina realista, estos roles mudan absolutamente, al transformarse sustancialmente el contenido conceptual del Estado propiamente dicho; los gobernantes son verdaderos servidores de la comunidad y los individuos los servidos, los destinatarios de la acción y actividades de aquellos, a quienes se les deben las prestaciones serviciales públicas²⁶¹.

Se abandona, por lo tanto, no solo la clásica definición de la soberanía nacional, sino que se reacciona de manera especial contra la teoría del Estado-poder o del Estado-persona jurídica como titular de la soberanía. El Estado,

²⁶¹ DUGUIT. *La transformación del Estado*, cit., pp. 7 a 9. Este concepto se retoma de la insistente línea en el pensamiento de DUGUIT que se recoge en los siguientes términos: “[...] Dos ideas generales se desarrollan en estas conferencias. La primera, que, por lo demás, inspira todo cuanto he escrito relativamente al derecho público, establece que la creencia en la existencia de un poder soberano ‘etático’ no corresponde a nada real, que esta creencia está en camino a desaparecer, que el Estado deja de ser, más y más cada día, un poder de mando, para convertirse en una cooperación nacional que asegura el cumplimiento de los servicios públicos y sanciona las reglas de derecho [...] el Estado nación reemplaza al Estado poder [...]. Los gobiernos no son más los representantes de un poder social que manda: son los gerentes de los servicios públicos [...] pueden pues, los hombres decirse ahora que los gobernantes son sus servidores y no sus amos [...]”.

dentro de la teoría de Duguit, es tan sólo un concepto con el que se identifica a la sociedad con el poder político indispensable o coacción necesaria para el cumplimiento de sus deberes funcionales de servicio público bajo el esquema de solidaridad social, para la real y efectiva materialización de los servicios públicos a favor de la comunidad. El Estado soberano se justifica sólo si se transforma en un grupo de individuos que poseen la fuerza necesaria para emplearla en los destinos mismos de los servicios públicos; una verdadera cooperación de servicios públicos, dentro de la cual la principal obligación de sus gobernantes es la de asegurar su funcionamiento.

1.3.4.3. La noción de servicio público deviene en consecuencia en la noción fundamental del derecho público

La noción de servicio público deviene en consecuencia en la noción fundamental del derecho público, lo determina, condiciona y otorga contenido material y genera además deberes funcionales para las autoridades y también, en lo que resulta aun mucho más trascendente para efectos del presente estudio, genera un particular y especial régimen jurídico. En este sentido, Duguit estructuró un amplio concepto de servicio público, al que considera general y predicable de absolutamente toda actividad prestacional a cargo de los gobernantes, en cabeza de las cuales, adicionalmente recae el deber de otorgarles el adecuado cumplimiento, debiendo además regularlo, asegurarlo y controlarlo. En este sentido, destaca Duguit, que resulta inherente al concepto, su debido, oportuno, adecuado y continuo cumplimiento por parte de los gobernantes, en cuanto que es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social²⁶². Agrega, como elemento así mismo determinante para estos propósitos, el del uso de la fuerza, a la cual

²⁶² DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 73. Lo expuesto deviene de la siguiente línea del pensamiento de DUGUIT: “[...] Así aparece claramente determinada la noción de servicio público: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante [...]. Los gobernantes estarán, por tal virtud, obligados a intervenir para reglamentar, para organizar, para controlar esta actividad, para reprimir todos los actos contrarios a su realización, para sancionar todos los actos conformes a su objeto [...] todo acto del gobernante carece de valor cuando persiga un objeto distinto del propio del servicio público. El servicio público es el fundamento y el límite a la vez del poder gubernamental”.

concibe dentro del concepto como indispensable para el logro y consolidación de la finalidad que persigue el servicio, y por lo tanto tan solo en esa dirección debe orientarse la misma²⁶³.

1.3.4.4. Los efectos de la noción de servicio público y en general de la construcción jurídica de Duguit en relación con el derecho administrativo

Tal como se ha expuesto ampliamente se puede afirmar que Duguit, explicaba la noción de servicio público como sustituta de la soberanía y del Estado configurando de esta forma el objeto del derecho público en consecuencia del derecho sustantivo de la administración, esto es, del administrativo, bajo preceptos sociológicos finalísticos, objetivos y realistas: lo primero, en cuanto pone como centro para la edificación de conceptos jurídicos a la sociedad y sus necesidades (como demandante de servicios y al Estado como prestatario de los mismos); y lo segundo, como edificante del deber de satisfacción de los servicios en cabeza del Estado, en especial mediante su aparato administrativo. Conforme a esto, el derecho administrativo es el producto de las necesidades sociales y de los sentimientos de justicia social, de donde se deduce que el elemento identificador del concepto de servicio público es el de la solidaridad social.

De estos postulados se deducen tres claros principios básicos en el pensamiento de Duguit con impacto directo en el derecho administrativo: El primero, de ostensible inspiración socio-jurídica, en cuanto legitima a las autoridades administrativas con el propósito de que gobiernen para la sociedad y cumplan con las finalidades que se les asignan, satisfaciendo los servicios públicos, edificando de esta forma el sustento de la legalidad dentro de su

²⁶³ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 71. Complementa el diseño del concepto expuesto las siguientes apreciaciones doctrinales del autor: “[...] En el interior de la nación y dentro de los límites del territorio ocupado por esta nación, los gobernantes, diferenciados de los gobernados y monopolizando la fuerza, deben emplear esta fuerza en organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos; de esta suerte los servicios públicos vienen a ser uno de los elementos del Estado, y al llegar aquí tocamos ya en cierto modo lo que constituye el punto culminante del concepto de Estado, tal como lo hemos expuesto, y que podemos resumir diciendo: El Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes. [...]”.

teoría. El segundo, de carácter político, reconoce la existencia de un gobierno dentro de la sociedad, que requiere para su ejercicio el apoyo de la fuerza política o el poder de constreñimiento, capaz de impulsar el cumplimiento de los servicios públicos como fines esenciales en toda sociedad²⁶⁴. El tercero, de profunda consistencia social pero de efectos jurídicos inimaginables, al derivarse de toda la teoría, la necesidad de reconocer la función social²⁶⁵ del Estado y de los asociados que se concreta en la prestación de servicios públicos bajo un contexto inevitable de derecho social, lo cual implica desconocer el fundamentalismo individualista en los análisis y aproximaciones reales en relación con la sociedad²⁶⁶.

Ahora bien, los desarrollos doctrinales de Duguit, implicaron por aquella época, que el objeto mismo de los servicios a cargo del Estado no podían determinarse de manera taxativa, ni mucho menos ser simple y llanamente los tradicionales bajo el modelo del clásico Estado liberal identificado a partir de las concepciones jurídicas y económicas individualistas. La carga prestacional del Estado es directamente proporcional al creciente número de necesidades de la comunidad. Lo cual significaba que el marco de los deberes nuevos de los gobernantes para con los gobernados era siempre creciente teniendo en cuenta las profundas transformaciones económicas y sociales del conglomerado humano. En esta dirección, las ideas de Duguit se expusieron

²⁶⁴ PAREJO ALFONSO. Ob. cit., nota 10, pp. 86 a 90.

²⁶⁵ DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., pp. 180 y 181. Esta idea, que irradia la totalidad del trabajo doctrinal de DUGUIT, es resumida por el profesor en los siguientes términos: “[...] ¿En qué consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad serán socialmente protegidos y garantidos [...]”.

²⁶⁶ DUGUIT. *La transformación del Estado*, cit., p. 31. Complementa lo anterior exponiendo lo siguiente: “[...] Esta noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del derecho público, es en el fondo la noción de servicio público [...]”.

en abierta contraposición a las directrices ideológicas de los teóricos liberales²⁶⁷.

Esta construcción teórica, de cara al derecho administrativo, avanzó en torno a su entendimiento como un derecho social, edificante de los principios, criterios y mecanismos para satisfacer el interés general mediante la ejecución directa, continua, y no interrumpida, y en muchos casos gratuita de los servicios públicos, en la medida en que le correspondería a la administración pública, asumir los costos de los mismos, con cargo a los impuestos públicos, en aras de la consolidación de la solidaridad o interdependencia social característica de todas las doctrinas que parten de la sociedad para llegar al individuo. Esta formulación objetiva del derecho que proponía una administración pública fortificada funcionalmente y por lo tanto un derecho administrativo objetivo y fuerte materialmente, que abandona lo meramente formal para tornarse en fuente de derechos subjetivos, fluía de la esencia misma de los trabajos de Duguit.

Por otra parte, sobre la base de lo expuesto, la doctrina administrativista de la época recogió estos postulados desarrollándolos y determinado en consecuencia que admitida la existencia de un servicio público del cual surgían de inmediato reglas jurídicas especiales y procedimientos de derecho público, tendientes a facilitar su funcionamiento regular, continuo, rápido y completo para de esta manera satisfacer los intereses generales, bajo la premisa de que el interés particular debe ceder ante el interés general.

²⁶⁷ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., p. 35. Resulta claro y evidente que toda la construcción de DUGUIT se hace bajo los designios de un estado ampliamente interventor en la economía y la problemática social, lo que significa que el ámbito de construcción de su teoría corresponde a estadios propios de la depresión y el decaimiento del capitalismo individualista clásico, lo cual influye de manera significativa en la conceptualización misma del derecho administrativo. Para estos efectos vale la pena recordar lo que ha este propósito exponía en la época el autor: “[...] Algunos economistas rezagados pueden, desde el fondo de su gabinete de estudio, declarar que el Estado no tiene otra cosa que hacer que procurar la seguridad en el exterior, y el orden y la tranquilidad en el interior, debiendo desinteresarse de todo lo demás y dejar libertad entera a la acción y a la concurrencia individuales, cuyo desarrollo natural asegurara normalmente la satisfacción de todas las necesidades sociales. Los hechos son más fuertes que todas las teorías, y la conciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia [...]”.

En consecuencia, el derecho administrativo fundado sobre concepciones sociales se fundamenta en la idea de desigualdad. En reconocer a una comunidad no homogénea con multiplicidad de diferencias y necesidades que requieren de la intervención del aparato administrativo del Estado de manera directa o a través de mecanismos indirectos como los concesionales.

1.3.4.5. Los efectos de la noción de servicio público y en general de la construcción jurídica de Duguit en relación con los contratos, los contratos del Estado y en especial con la figura de la concesión de servicios públicos

No obstante sus posiciones ideológicas, Duguit no niega la existencia del fenómeno contractual como propio y ligado a la autonomía conformadora de los individuos en sus relaciones jurídicas, de aquí que lo entienda como “[...] un acuerdo sobre un cierto objeto después del contacto de dos voluntades individuales [...]”, esto, en claro desarrollo de la fórmula de la estipulación romana “Spondesne... Spondeo”. En materia civil es lógico que esta fórmula sea fuente de obligaciones y situaciones en derecho, al lado de otras como el cuasi contrato, el delito, el cuasi delito y la ley²⁶⁸.

En relación con la existencia y a su vez naturaleza del contrato en el seno de la administración, en cuanto instrumento para el cumplimiento de los servicios públicos, Duguit, lo acepta como tal²⁶⁹, y ubica la misma, en la de los actos administrativos relativos al funcionamiento de lo público²⁷⁰, entendiendo por este, un concepto genérico que involucra tanto manifestaciones unilaterales de

²⁶⁸ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 222 y 223. Agrega, para mayor claridad, invocando la doctrina privatista de la época, que “[...] Como algunas veces se dice, para que haya contrato es preciso que el acto de voluntad de una de las partes sea determinado por el acto de voluntad de la otra [...]”.

²⁶⁹ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., p. 100. La aceptación de la figura contractual en la obra de DUGUIT no admite discusión y su respeto a las fuentes privadas tampoco, lo cual a primera vista pudiera aparecer como contradictorio a la luz de sus concepciones ideológicas realistas y de profundo calado positivista que reprochaban todo lo relativo al individualismo y subjetivismo jurídico. La recepción de la institución se hace sin reparos al sostener de manera clara lo siguiente: “[...] El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular [...]”.

²⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 97 y 98.

voluntad de la administración creadoras de situaciones jurídicas subjetivas o particular, como también, situaciones bilaterales o contractuales producto del acuerdo de voluntades entre un agente público y otro individuo, siempre en dirección al cumplimiento de los fines del servicio público, y no propiamente en ejercicio de un poder de mando o de imperio, el cual no tiene cabida, ni en los actos individuales, ni mucho menos en los contractuales²⁷¹.

El acto propiamente dicho, como el contrato, son ante todo, actos jurídicos intangibles, que no pueden ser abordados unilateralmente por la administración para suprimirlos o modificarlos, salvo en los casos excepcionales que por su naturaleza se hace revocable, esto, en cuanto, que el concepto de poder público o de prerrogativas públicas que devenía de las construcciones metafísicas del derecho han desaparecido. Bajo el dominio de estas concepciones fueron muchas las tesis que se expusieron con el fin de justificar el carácter vinculatorio de los contratos, todas ellas decaídas en la actualidad de frente al criterio del servicio público²⁷².

Ahora bien, en lo que difiere sustancialmente Duguit en sus desarrollos en la materia, es el de que las situaciones en derecho tan solo puedan provenir del contrato. Resulta manifiesta en las construcciones de Duguit con los contratos de la administración pueden convivir una variedad de actos jurídicos que no son técnicamente contratos. Es posible y así se observa en la realidad de las cosas, sostiene Duguit, que muchas situaciones jurídicas se originen en el concurso de voluntades pero que de este concurso no surja necesariamente

²⁷¹ *Ibíd.*, p. 98. Según DUGUIT, la gran tendencia es a la disminución paulatina de los actos contractuales y el aumento de los actos unilaterales en virtud de la “[...] socialización del derecho [...]”.

²⁷² DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 98 y 99. DUGUIT reacciona contra las teorías individualistas que fundadas en razones de soberanía pretendían hacer obligatorios los contratos, teorías absolutamente débiles y sin fundamento científico. En esta línea, DUGUIT despacha por carentes de razonabilidad los trabajos de DUCROCP en relación con la tesis de la dupla personalidad jurídica del Estado, la personalidad de poder público y la derivada de la concepción del fisco o patrimonial; se opone igualmente a las exposiciones de JELLINEK y MICHOUUD en relación con los actos de autoridad y gestión, encuentra contrarias a sus planteamientos los trabajos de IHERING y JELLINEK en relación con la teoría de la autolimitación. A todas estas teorías se refiere indicando que son meras exposiciones especulativas, “[...] Basta enunciar estas teorías para mostrar que no son más que vanos juegos de espíritus. El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder [...]”.

una situación jurídica que podamos acoger en el derecho como contractual, entre estas hipótesis se pueden ubicar los mal llamados contratos de adhesión, los actos del particular que usa un servicio público, los contratos colectivos: entre los cuales incluye Duguit, los contratos colectivos de trabajo y las concesiones de servicio público²⁷³.

Los trabajos de Duguit en relación con la concesión de servicios públicos en cuanto instrumento fundamental para el cumplimiento de los propósitos propios del servicio público, resultan absolutamente coherentes con lo expuesto a lo largo de su doctrina, vinculando la institución con la fenomenológica de lo colectivo, esto es, no concibiéndolo como una institución ligada estrictamente al marco del individualismo jurídico.

La concesión sostiene Duguit, a diferencia de los contratos propiamente dichos, por sus características y sobre todo por el tipo de atribuciones que conlleva en aras de la satisfacción de los intereses generales propios del servicio público, es ante todo la negación misma del negocio tradicional, que se caracteriza por su sujeción a la preceptiva del código civil. La concesión en la realidad de las cosas, es un todo complejo, en parte no propiamente contrato, algo así como un “convenio – ley” sustentado en la solidaridad social y no en la idea de los derechos subjetivos; en parte también, sumido en una compleja red elaborada a partir del discurso negocial propia del derecho privado.

Precisa Duguit en relación con lo anterior, que cualquier referencia al concepto y naturaleza del contrato de concesión, debe hacerse por fuera de los marcos tradicionales del individualismo jurídico, esto es, abandonando las viejas fórmulas contractuales, en cuanto que, el de concesión, configura un problema de características y naturaleza diversa, en la medida en que encarna un fenómeno relativo a la solidaridad social, por lo tanto excluyente de cualquier posibilidad de análisis con referentes individualistas como lo es, el contrato tradicional y clásico de estirpe civilista. En la realidad de las cosas, reitera el profesor de Burdeos, el de concesión no es técnicamente un contrato, es

²⁷³ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 224 a 228.

simplemente un encargo que se materializa en un “convenio-ley”²⁷⁴, derivado de la voluntad colectiva tendiente a asegurar la prestación de los servicios públicos esto es la satisfacción de intereses colectivos²⁷⁵.

No obstante lo radical de la apreciación en torno a la naturaleza de la concesión, en algunos aparte de su escrito el autor repara y aclara lo expuesto, sosteniendo que realmente la actividad concesional es compleja y en la misma se observa un doble proceso integrador, en donde es indiscutible que hacen presencia los intereses de la comunidad, pero también ciertas reglas de indudable carácter contractual en sentido riguroso, para integrar esta relación jurídica²⁷⁶.

²⁷⁴ MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. Trabajo introductorio a la edición española del libro clásico de LEÓN DUGUIT *Las transformaciones del derecho público y privado* (Comares, Granada, 2007) titulado “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit”, pp. XVI.

²⁷⁵ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 226 a 228. La idea concesional en la obra de DUGUIT está estrictamente vinculada a sus construcciones teóricas en relación con la solidaridad social y sobre todo con el postulado según el cual, quienes de hecho tienen el poder tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, asegurar y realizar su funcionamiento, para lo cual, la concesión se muestra como un importante instrumento. Esta la razón central que lo lleva, al abordar el tema de su caracterización, a indicar lo siguiente: “[...] La concesión, de manera general, es el acto por el cual una colectividad pública, Estado, provincia, ciudad, encargan a un particular, en general a una compañía, que lo acepta, asegurar conforme a condiciones fijadas, el funcionamiento de un servicio público [...]”.

²⁷⁶ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 227. No obstante el pretendido radicalismo de DUGUIT en la materia, la realidad de las cosas lo lleva por los senderos inevitables de tener que aceptar la presencia de los elementos históricos del contrato en la concesión; así lo deja ver a lo largo de su obra cuando se refiere a la estructura de la figura en los siguientes términos: “[...] Las concesiones son ciertamente convenios. Contienen un elemento de carácter contractual en sentido riguroso; es el que regula únicamente las relaciones de la colectividad otorgante y del concesionario, por ejemplo todas las cláusulas financieras. Pero los actos de concesión contienen, además, y este es el elemento más importante, una serie de disposiciones que interesan a terceros, al público, por ejemplo, todas aquellas que determinan las condiciones de explotación, las tarifas, y también las que fijan las condiciones del trabajo de los obreros y empleados del concesionario [...]. ¿Cuál es el carácter de estas cláusulas? ¿Los juristas civilistas se han visto muy apurados para determinarlo. Estas cláusulas afectan directamente, en efecto, a personas extrañas al contrato: el público, los viajeros, los abonados al gas y a la electricidad, los obreros, que evidentemente no son parte del pretendido contrato de concesión [...]”. DUGUIT rechaza de plano las explicaciones civilistas en torno a este problema jurídico. Conflicto que, en su opinión, se engendra en la estructuración de todo contrato de concesión. La tesis civilista, según la cual en estos eventos nos encontramos ante la llamada estipulación por otro, que se derivan de los contenidos de los artículos 1120 y 1121 del código civil de Napoleón, según la cual es posible insertar en un contrato una cláusula en beneficio de un tercero, la cual produce efectos si éste la acepta, sostiene que esta hipótesis no es la que realmente se configura en la estructuración de las concesiones y que por lo tanto la respuesta civilista carece de recibo y aceptación. En la realidad de las cosas, lo que se observa en los pliegos y en los contratos de esta naturaleza es una serie de disposiciones generales que regulan por adelantado el régimen, al cual están sometidos los actos que produzca el concesionario en relación con terceros que usen el servicio público. Son en esencia unas reglas de derecho que se aplicarán a los actos

La obra de Duguit desarrolla en consecuencia, para la concesión, bajo las razones expuestas, una concepción del carácter mixto o complejo de la figura, en donde se articulan, por una parte, normas y principios típicamente derivados del contrato individualista, caracterizado por ser fuente directa de situación jurídica subjetiva, y por otra, normas generales organizativas del servicio público concesionado, a las que se les reconoce fuerza normativa legal, convenios-ley y que en muchos casos se encuentran inscritas en los mismos pliegos de condiciones que preceden a la celebración del negocio²⁷⁷, pero que, en virtud de ir más allá de una regulación de intereses de las partes, esto es, no agotarse al abordar las simples relaciones entre contratista y contratante, entrometiéndose propiamente en aspectos relativos a la prestación del servicio, su regulación y la situación de terceros usuarios, al igual con aspectos neurálgicos para el interés general como las tarifas y las condiciones de prestación del servicio, se les considera por fuera de una clásica relación contractual. Contenidos todos estos de naturaleza jurídica diversa, pero que en consideración de la complejidad de la figura confluyen para su estructuración²⁷⁸.

En esta dirección, es asumida la institución por la escuela de Burdeos y sus predicadores, entendiendo que en ella confluyen un conjunto de actos jurídicos, lo cual, en donde no solo se definen los contenidos propiamente obligacionales de la relación negocial, sino también otros, los más importantes, según Duguit, y por lo demás vinculados al concepto de interés general y de organización del servicio como son los contenidos regulatorios del servicio, propios del convenio-ley y encomendado al concesionario para su desarrollo.

individuales que surjan posteriormente con ocasión del servicio. “[...] Pues bien, quiérase o no, se trata simplemente de una disposición legal. Es una disposición por vía general, y eso es lo característico de la ley. Es la ley del servicio público que resulta así establecida convencionalmente. No es la teoría general de los contratos la que es preciso aplicar; se está por fuera de sus límites. Aquella ha sido hecha para regir relaciones individuales. Ahora bien, nos encontramos aquí ante un acto que regula el funcionamiento de un servicio público y es absolutamente diferente [...]”.

²⁷⁷ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., p. 84.

²⁷⁸ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 83 a 85.

De todas formas, en relación con los contratos, en especial con la figura de la concesión de servicios públicos, lo que resulta cierto de las explicaciones y análisis del profesor Duguit, y que en nuestra opinión es lo esencial para el debido estudio de la figura en función del servicio y la solidaridad social, sobre todo, en relación con el componente relativo a los convenios-ley, es que de toda esta construcción emerge ostensible y palpable la idea de la necesaria estructuración previa de los negocios y actos vinculados al servicio público. Papel estelar y protagónico, que conforme a los parámetros estrictos de la teoría de Duguit que le corresponde asumir a la administración y que se traduce en el deber, profundo y determinante de crear, organizar, asegurar y ejecutar los servicios públicos con plena y previa sujeción a una estricta planeación.

Este deber, resulta obvio y concluyente en los trabajos de Duguit. Si bien es cierto, no aparece traducido como tal en sus escritos, si se puede concluir su existencia e imperatividad, a partir de la obligación de organización, dirección, gestión del servicio público, que la doctrina le atribuye a los agentes públicos para la debida y continua prestación del mismo; deberes estos, indudables, que tan solo se pueden materializar en la medida en que se hubiere estructurado, tanto el negocio propiamente dicho, como su régimen de reglas derivadas del concepto de convenio-ley en la dirección lógica, correcta y coherente con el tipo de servicio de que se trate; para esto efectos resultaba significativa la expresión de Duguit según la cual “[...] *quienes de hecho tienen el poder...tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento [...]*”²⁷⁹, que llama de manera directa y sencilla a una debida, adecuada y anticipada estructuración de los negocios y demás actos relativos con el servicio público, por parte de los responsables de los servicios, deber que resulta innegable e indudable en especial a propósito de la figura concesional.

Con esta expresión, Duguit instituye sin lugar a dudas, y en este sentido no tenemos otra alternativa que reconocerlo, el principio de planeación como

²⁷⁹ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., p. 47.

punto de partida vinculante para la administración en todo lo relativo a los servicios públicos, y que tal como está postulado, implica reconocer el carácter de deber imperativo, por lo tanto vinculante, en aras de que el papel finalístico del servicio realmente se materializara, no se incurriéndose por esta vía en desmanes a estas supremas aspiraciones de la comunidad, entre otras, a que el servicio fuese realmente una respuesta a las necesidades generales de la comunidad.

La expresión no está dirigida a establecer un simple imperativo de ejecución del servicio público en manos de la administración, al determinar que la realización del servicio es una carga de quienes ejercen el poder. En nuestra opinión va más allá, genera un imperativo de organización previa derivado de la utilización de los verbos “*organizar*” y “*asegurar*” la prestación del servicio público, lo cual no deja de ser trascendente y significativo si tenemos de presente que el servicio público configura, bajo la concepción de la escuela de Burdeos, el gran propósito y la finalidad evidente de la organización estatal, luego no sería entendible que para su prestación efectiva la administración acudiera a ligerezas o improvisaciones que malograrán este postulado neurálgico de la teoría.

El solo contenido del verbo “*organizar*” denota profundas acciones preparatorias de diseño, ideación, estructuración detallada del servicio público en todos sus aspectos, lo que involucra disponer y preparar la logística necesaria tanto de bienes, personas, recursos económicos y financieros, y demás medios de carácter jurídico para lograr el fin propuesto. Se trata de una acción de conocimiento y precisión previa del servicio con el propósito de poder garantizar su realización plena. Lo cual aunado al sentido gramatical de “*asegurar*” utilizado por Duguit, nos lleva por el sendero de que el diseño y caracterización plena y previa del servicio por parte de la administración debe ser de tal magnitud que le de firmeza y seguridad a lo que se pretende desarrollar, es decir, que la prestación del servicio no se haga de manera improvisada, sino sobre bases ciertas y firmes.

Y es que no puede ser de otra manera, si partimos de la idea central de estos trabajos doctrinales, según las cuales, los gobernantes, monopolizando la fuerza, deben emplear la misma en organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos, esto es, proyectarlos en beneficio de la comunidad; y además de que el Estado es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes, lo que significa que la organización y planeación debida, coherente, acertada, de los servicios públicos y en consecuencia de todos los negocios y actos relativos a los mismos, hace parte integrante del servicio público en cuanto elemento del concepto de Estado según la definición de Duguit. En este sentido la planeación de los actos y negocios propios del servicio público deviene del concepto mismo de Estado, constituyéndose, por lo tanto, en una exigencia de la más alta jerarquía.

Pero lo que resulta aun más importante, la doctrina realista de Duguit le atribuye a quienes ejercen el poder la creación del servicio público, lo que significa, a la luz de los planteamientos anteriores, que la idea de planeación, como presupuesto fundamental e imperativo en los trabajos de Duguit, es más profunda de lo esperado, en cuanto no hay nada más delicado en materia de derecho público, y por lo tanto sujeto a una adecuada planeación, que la creación de un servicio público, el cual, por simple lógica, debe corresponder a una necesidad general, debidamente identificada y diagnosticada por la administración y retomada por el legislador con el propósito de darle legitimidad. En este sentido, se confirma pues, el carácter vinculante de la idea motora de la planeación como requerimiento y presupuesto básico, en todo lo que implica la dinámica previa de la actividad prestacional a cargo de la administración, en cuanto principio de orden y en consecuencia de ruptura a la improvisación en los asuntos vinculados con el servicio público.

Bajo estas consideraciones la figura de la concesión de servicios públicos, debe estar mediada entonces para su existencia, organización, aseguramiento y prestación, por un debido y adecuado proceso previo de planeación, que implica irremediabilmente, el de su estructuración en todos los aspectos, con

el claro propósito de que la misma resulte viable y se proyecta de manera positiva en la búsqueda de los fines esperados.

En este sentido, el proceso de planeación de las concesiones bajo los presupuestos doctrinales de la escuela de Burdeos, debían corresponder al siguiente proceso lógico: Creación del servicio: la identificación y determinación rigurosa de la necesidad objeto de la figura en los términos establecidos en la ley o acto general de su creación; Estructuración del negocio: definición de todos y cada uno de los elementos de carácter contractual que de acuerdo con la necesidad deberán caracterizar la concesión de manera especial, objeto, duración, precio, entre las que se deberían incluir necesariamente todas las cláusulas financieras y económicas, debidamente estructuradas por expertos financieros, proporcionales a las actividades y servicios que habría de recibir la colectividad, al igual que las obligaciones y demás cláusulas propiamente contractuales, es decir, las que de acuerdo con los trabajos de Duguit pueden fundarse libremente en los contratos conforme a las estructuras civilistas²⁸⁰; Organización del servicio: el desarrollo y determinación del contenido del convenio-ley que implicaba el establecimiento, detallado y concreto de todas y cada una de las reglas llamadas a regular las relaciones de la colectividad otorgante y del concesionario; un componente técnico y social en el cual se debía incorporar todas las reglas y demás aspectos relevantes en las relaciones del concesionario con terceros, con el público en general, con los usuarios de los servicios, las relativas a las condiciones de explotación, las tarifas, y también las que fijaban las condiciones del trabajo de los obreros y empleados del concesionario²⁸¹. En fin todo un marco absolutamente complejo que debía

²⁸⁰ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 84. La concesión bajo las estructuras realistas de DUGUIT no pierde su carácter de contrato. Así lo deja entrever este autor, al sostener que en su contenido la figura “[...] comprende muchas cláusulas que tienen verdaderamente carácter contractual, y originan entre el que hace la concesión y el concesionario una situación jurídica subjetiva, relaciones entre acreedor y deudor. Las exclusivamente relativas a las relaciones del que hace la concesión y del concesionario son las que contienen disposiciones que no se comprenderían si el servicio público en lugar de ser de concesión fuera explotado directamente [...]. Todas estas cláusulas u otras semejantes se regirán por las reglas del código civil relativas a los contratos; no surten efectos más que entre las partes contratantes; no se suscita respecto de ellas el problema de si son leyes-convenciones [...]”. Estos contenidos, según DUGUIT, permanecen, son inalterables unilateralmente, “[...] ligan del mismo modo al que hace la concesión y al concesionario [...]”.

²⁸¹ DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 84 a 89. La concesión comprende claros elementos no contractuales fundados en reglas derivadas del

quedar elaborado y absolutamente pulido antes de iniciar cualquier actividad material de servicio público²⁸².

El pliego de condiciones juega un papel determinante en el proceso planificador enunciado. Conforme a los predicados de Duguit, el llamado pliego de condiciones es el gran receptor de las resultas planificadoras. El pliego debe contener en consecuencia, no solo las estipulaciones propias de todo contrato estructurado conforme los parámetros de la ley civil, sino también, las condiciones y regulaciones particulares para la prestación del servicio público que habrá de ser concesionado, en este último componente es depositario de contenidos propiamente de naturaleza pública, convenios-leyes y no de relaciones subjetivas.

En esto, no nos queda la menor duda, del papel histórico y protagónico de la escuela de los servicios públicos, en la debida estructuración de los negocios públicos, mediante el reconocimiento y desarrollo de un particular principio de planeación de los mismos a cargo de la administración.

derecho público que acompaña la prestación de los servicios públicos y que buscan básicamente lo siguiente: regular las condiciones sobre las cuales debe funcionar el servicio público; determinar las condiciones del uso público del servicio; fijar las reglas o condiciones para la determinación o el cobro de tarifas o precios por la prestación del servicio público y a cargo de los usuarios; el régimen jurídico de los trabajadores u obreros vinculados al servicio público. “[...] Son, pues, leyes perfectas. Pero como se hayan establecidas merced a un acuerdo entre la administración y el concesionario, son verdaderas leyes convenciones [...]”. Las cláusulas o contenidos derivados de una convención ley, al no revestir el carácter de cláusulas contractuales, pueden ser retomadas unilateralmente por la administración. En cuanto a las disposiciones relativas al funcionamiento de los servicios públicos, “[...] la administración puede modificarlas por vía unilateral [...]”. En la medida en que no son jurídicamente componentes de naturaleza contractual de la relación concesional no pueden sustraerse completamente de la acción de los gobernantes y de la misma administración ante las cambiantes condiciones que rodeen la prestación del servicio. “[...] El gobierno no puede abdicar del poder de modificar en interés del público las reglas de una explotación pública ya concedida. Se mantiene en su papel y no hace sino llenar su misión modificando en interés mismo del servicio las condiciones en las cuales funciona [...]”. Todo esto en cuanto no está abordando situaciones jurídicas subjetivas.

²⁸² DUGUIT. Introducción a su obra *Las transformaciones del derecho público*, cit., p. 84. DUGUIT expone claramente la idea planificadora al señalar lo siguiente: “[...] La concesión es seguramente una convención a la que preceden negociaciones que han determinado una inteligencia entre la administración y el concesionario [...]”.

1.4. Un “niño travieso e imprudente” en la escuela de Bordeaux: Gastón Jéze

Gastón Jéze²⁸³ fue el gran teórico del derecho administrativo de la escuela de los servicios públicos, le correspondió a partir de las orientaciones y postulados doctrinales de Duguit, reconducir sus predicados, elaboraciones e ideas por los senderos del realismo de la administración pública de la época, desarrollando una impresionante y profunda obra jurídica que retoma y profundiza sus postulados en aspectos sustanciales y neurálgicos, aunque también, y esto lo hace original y trascendente, apartándose en algunos aspectos de la inmensa construcción del maestro de Burdeos²⁸⁴.

1.4.1. El realismo positivo de la obra de Jéze

En lo que resulta de nuestro interés, la obra de Jéze se circunscribió al contexto positivo del derecho administrativo y sus alcances jurisprudenciales,

²⁸³ GASTÓN JÉZE nació en Toulouse el 2 de marzo de 1869 y murió en Deauville el 5 de agosto de 1953. Profesor de derecho administrativo de la Universidad de París, fue fundador y director de la *Revista de Ciencia y Legislación Financiera* y de la *Revista de Derecho Público*. Si bien es cierto que su obra en relación con los principios generales del derecho administrativo es una de las más importantes del derecho administrativo francés y corresponde a una época iluminada de la disciplina, JÉZE se destacó ampliamente y es considerado en su país como un baluarte del derecho y la legislación financiera. Sus posiciones conceptuales en relación con la filosofía y sociología jurídica lo ubican como un profundo defensor de la escuela de los servicios públicos profesada y sustentada en los trabajos del profesor LEÓN DUGUIT. En lo político, JÉZE fue en su época un destacado militante efectivo de la izquierda socialista, defensor del sistema democrático de gobierno, opositor profundo de la derecha fascista y del nazismo. Tomó como propia la causa del pueblo etíope frente a la invasión de las tropas de MUSSOLINI en la década de los treinta, pasando a constituirse en asesor directo del emperador HAILE SELASSIE y asumiendo ante la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya la defensa del pueblo etíope contra el colonialismo fascista de MUSSOLINI, lo que le significó, en lo personal, la persecución incansable de la extrema derecha europea, en especial la francesa, que se atrevió a vetarlo de su cátedra de derecho administrativo en la Universidad de París, protagonizando en su contra una de las más prolongadas manifestaciones en la apertura del año académico de 1936, que lo llevó a su exilio voluntario en La Haya. Se destacan entre sus obras: la *Teoría general de los contratos de la administración* (1934); los *Principios generales del derecho administrativo* (en siete volúmenes, publicados en diferentes años); *Los gastos de la guerra en Francia*; *Estudio teórico y práctico de la ocupación del territorio como un medio para adquirir en virtud del derecho internacional* (tesis, 1896); *La ciencia financiera en el derecho francés* (1922); y *Elementos de la ciencia de la hacienda pública* (1896).

²⁸⁴ BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit. No se puede perder de vista que las ideas de DUGUIT lo fueron desde el ámbito del derecho constitucional y el derecho público de aplicación general. A GASTÓN JÉZE le correspondió su desarrollo y aplicación específica al contexto del derecho administrativo con todas las dificultades que ello implicaba. “[...] Jéze acude a la idea de servicio público acuñada por Duguit y la proyecta como fundamento teleológico del derecho administrativo sin ulterior precisión [...]”.

estudios estos, los de jurisprudencia, a los cuales, sobra advertir, les dedicó buena parte de sus análisis, articulándolos de manera maravillosa en la postulación de las reglas y principios rectores del derecho administrativo, lo que aunado a sus posiciones ideológicas, filosóficas y sociales derivadas del realismo y positivismo jurídico de Duguit, permiten visualizar en sus trabajos, el contexto de un todo armónico y coherente²⁸⁵.

Sin embargo, el trabajo de Jéze no se agota en un simple desarrollo positivo del derecho administrativo y de sus instituciones, resulta clara y ostensible la recepción de las bases fundantes del pensamiento de Duguit, es frecuente la remisión y el desarrollo conceptual en relación con las reglas sociológicas sustentadoras del hecho social, el reproche permanente al individualismo y a la metafísica como base de cualquier apreciación del mundo de las cosas, al igual que, su vocación por la investigación científica en relación con los problemas sociales, en contraposición con las metodologías meramente especulativas²⁸⁶; y lo que resulta aun más importante y destacable, la manera como logró adaptar de forma concreta y específica a la problemática cotidiana de la administración y al derecho de ésta, el concepto de servicio público; concepto al que identifica como la columna vertebral de cualquier construcción jurídica en la materia; circunstancias, todas estas, que lo inmortalizan como el más fiel

²⁸⁵ En relación con la importancia y trascendencia de la obra del profesor de París GASTÓN JÉZE no solo dentro de la escuela de los servicios públicos sino también en relación con el derecho administrativo francés, puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRÍA. "Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo", cit.; CARLOS GARCÍA OVIEDO. Prólogo a la edición española de la que pasó a constituirse luego en el tomo I de la inmensa obra de JÉZE sobre los principios generales del derecho administrativo (Madrid, Reus, 1928, pp. 6 y ss.).

²⁸⁶ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, prólogo a la segunda edición, Madrid, Reus, 1928, p. 20. JÉZE retoma en su obra los criterios realistas, positivistas, objetivos, la idea del reproche a la metafísica como método científico de estudio del derecho y sobre todo las ideas sociológicas del hecho social y su consideración como faro guía e iluminador de la actividad jurídica, concepciones todas ellas estructuradas por DUGUIT a lo largo de toda su obra. Precisamente en relación con el deber ser del trabajo doctrinal, sostiene JÉZE que "[...] No debe jamás perderse de vista que el derecho no es una colección de fórmulas para la resolución de problemas de matemáticas y de lógica pura. El teórico no debe olvidar nunca que el derecho sirve para resolver problemas sociales, económicos y políticos, y es la vida quien los plantea. No tiene por qué imaginar hipótesis. Es la vida la que se nos muestra con toda la complejidad, con todos los conflictos de interés y pasiones que constituyen la trama de las sociedades humanas [...]".

y profundo heredero de los postulados de la escuela de los servicios públicos²⁸⁷.

Desde sus primeras páginas, al definir los principios generales del derecho administrativo sobre la base del concepto de los servicios públicos, Jéze retoma las banderas del realismo jurídico y por lo tanto el método de verificación científica en la problemática social para la conformación del derecho. En este aspecto, la obra de Jéze, está indudablemente irradiada del pensamiento y método de Duguit²⁸⁸.

El realismo jurídico se materializa, al entender Jéze, que el positivo debe ser el instrumento adecuado para la debida integración del derecho en un país determinado²⁸⁹. En este sentido, postula, que el derecho no es más, que un conjunto de reglas –buenas, malas, útiles, nocivas– de conducta social, que en un tiempo y lugar determinados, son real y efectivamente aplicadas, puestas en marcha, materializadas, no solo por los operadores de las mismas, sino también y de manera principal por los tribunales²⁹⁰, de aquí la importancia y trascendencia que brinda en sus obras para la construcción de las reglas y principios jurídicos a la labor jurisprudencial²⁹¹. Toda obra realmente jurídica debe contener, por lo tanto, no solo la doctrina pertinente surgida de la creatividad del jurista, sino también, la opinión de los tribunales, en donde resolviendo los conflictos u otorgando el derecho, deducen que es lo justo y útil para una sociedad determinada, desde la perspectiva jurídica²⁹², de no hacerse así se caería desgraciadamente en el subjetivismo de las posiciones personales de quien formule el análisis²⁹³.

²⁸⁷ GARCÍA OVIEDO. Prólogo a la edición española de los *Principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, pp. 6 y ss.

²⁸⁸ Ídem.

²⁸⁹ MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, cit.

²⁹⁰ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, prólogo a la segunda edición, Madrid, Reus, 1928, pp. 18 y 19.

²⁹¹ *Ibíd.*, pp. 18 y 19.

²⁹² *Ibíd.*, pp. 31 y ss.

²⁹³ *Ibíd.*, pp. 18 y 19. El derecho de un país es ante todo, en la concepción de JÉZE, un mundo vivencial, conformado por el conjunto complejo de todas las reglas aplicables en un momento dado no solo por los versados en estas materias, sino por los jueces; es en estos últimos en donde JÉZE sitúa el peso de la conformación dinámica de la disciplina, sin demeritar a los teóricos. Sin embargo, para JÉZE, teórico que abandone los trabajos jurisprudenciales es un

En este sentido, el realismo positivo como método adecuado en el mundo del derecho, según Jéze, implica en todo caso, combinar una serie de técnicas, tanto jurídicas como políticas, inescindibles en el análisis de los problemas del derecho, que llevan al científico del mismo a tener que verificar en el fondo de toda institución, no solo el régimen positivo propiamente aplicable en cada caso, sino también, sus connotaciones, justificaciones, necesidad social, política y económica, y fundamentalmente, reitera con fuerza Jéze, debe explicar sus orígenes y mostrar su desarrollo histórico bajo la presión de los hechos sociales²⁹⁴; su rendimiento y resultados prácticos obtenidos, como pueden ser, los relativos a la dinámica administrativa en relación con los mismos, la moralidad pública, el desarrollo del espíritu cívico del pueblo, su capacidad política etc., y sobre todo, su razonabilidad en el contexto del servicio público a que se refieren.

Cualquier estudio jurídico que no articule armónicamente las técnicas tanto políticas como jurídicas es ante todo un estudio incompleto. Quien simplemente se aproxima al análisis de las instituciones o de los servicios públicos desde una sola de las perspectivas enunciadas, esto es si tan solo los aborda desde consideraciones estrictamente políticas, o desde las solo jurídicas, sencillamente las desfigura.

En este sentido, propone Jéze, para efectos de la consolidación del realismo positivista que el estudio de las instituciones y servicios públicas deba hacerse sobre la base metodológica de considerar tres aspectos trascendentes: el fin que se persigue y el medio en que se busca el mismo sea este social, político,

teórico a medias y sus postulados serán meras elucubraciones sin mayor valor científico. “[...] Toda exposición teórica que se aparte de esta definición es, en mi opinión, muy criticable: será una obra de imaginación, una novela escrita por un jurista –la peor en el género–, monumento de orgullo y de inutilidad palmaria. En vez de reglas con valor y fuerza social, se hallarán en ella preceptos que no tienen otro apoyo que las preferencias personales del que las formula, ni otro fundamento que su sentimiento persona de la justicia [...]”.

²⁹⁴ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, prólogo a la segunda edición, Madrid, Reus, 1928, p. 20. En esto la influencia de los trabajos de DUGUIT y de la sociología francesa es ostensible en el pensamiento jurídico de JÉZE. “[...] Toda teoría que no tenga por punto de partida la observación minuciosa y atenta de los hechos y que no sea de estos la síntesis adecuada y exacta, está desprovista de valor. La perfecta conformidad a los hechos es el criterio que debe guiar a las teorías [...]”.

o económico, esto es, la consideración del análisis en una perspectiva estrictamente política; los medios jurídicos que deban emplearse para alcanzar el fin, en esto, se recomienda pues, una aproximación a lo que es propiamente la técnica jurídica; y por último, los resultados prácticos de las instituciones consideradas, que en la realidad de las cosas no es más que el balance final que permite determinar en qué medida los medios jurídicos empleados eran los adecuados para alcanzar el fin perseguido a través del medio empleado²⁹⁵.

1.4.2. El concepto de servicio público en la obra de Jéze

En consonancia con esta concepción y metodología Jéze circunscribe la problemática del derecho y su conceptualización retomando los postulados de Duguit y determinándolo a partir del concepto de servicio público, concepto al cual ubica en el vértice articulador; en la gran piedra angular de absolutamente cualquier consideración objetiva, positiva, realista y antimetafísica del mismo, rompiendo con esto, en Francia, no solo las ideas erróneas anteriores a 1890, es decir, anteriores a los trabajos del profesor Lafèrriere, el gran sistematizador del derecho administrativo, que consideraban el derecho administrativo una mera y extensa colección de técnicas oscuras contenidas en multitud de textos de imposible memorización; sino, también, destrozando de igual manera los trabajos del propio profesor Lafèrriere, quien había logrado de alguna forma, imponer orden y método a la disciplina, a partir de la formulación de ideas y principios generales a la misma²⁹⁶.

Con alborozo proclama Jéze que a partir de los trabajos jurisprudenciales del Consejo de Estado, aunados a la monumental obra del profesor Duguit, se había producido una verdadera “*revolución*” en el derecho administrativo; revolución que había llevado al hundimiento sistemático de todos los dogmas anteriores y de cualesquiera de los intentos de sistematización de la disciplina. Revolución que se hacía postulando de una realidad derivada de la solidaridad social, la del servicio público, como la cabeza inspiradora y columna vertebral de todas las construcciones y desarrollos institucionales del derecho público. El

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 34.

²⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 23 y ss.

servicio público pasa a constituirse en la noción fundamental y esencial, en la piedra angular por consecuencia, del derecho público administrativo, estableciendo fronteras conceptuales con la vieja sistemática de la disciplina e incluso con la dependencia conceptual del derecho privado que había marcado los primeros años de formación de la disciplina, es decir, se había encontrado la fórmula mágica para la consolidación de la verdadera concepción del derecho administrativo como una disciplina autónoma y sustantiva²⁹⁷.

Precisamente, en este sentido, y a propósito de su radical posición en relación con el papel revolucionario del concepto de servicio público en la estructuración del derecho administrativo francés se refería en 1926²⁹⁸ a que el servicio público materializaba la idea central del Derecho público; que todas las teorías jurídicas se basaban en el concepto de servicio público, el cual constituía el punto angular de toda construcción jurídica, y que por lo tanto, los que sostenían las viejas teorías de la soberanía, de las prerrogativas públicas, de la autoridad, habían desaparecido uno a uno, es más que su influencia doctrinal era por poca o prácticamente nula sobre las jóvenes generaciones de juristas, en fin que el nuevo derecho administrativo tenía ahora por protagonistas a los teóricos de los servicios públicos entre los cuales se involucraba a su gran constructor y maestro León Duguit, al profesor Bonnard y obviamente a él mismo. Esta impetuosa y persistente defensa de los postulados de la escuela de los servicios públicos le mereció por parte de M. Hauriou, detractor natural de todo lo que pudiese provenir de los trabajos de Duguit, el apelativo de “El niño travieso e imprudente” de la escuela²⁹⁹.

²⁹⁷ *Ibíd.*, p. 24. El servicio público permitía brindar todas las explicaciones esperadas en relación con el derecho de la administración pública, sobre todo romper con la gran mixtura conceptual derivada del derecho privado y que según JÉZE se esparcía por la totalidad de la disciplina, abandonando en consecuencia la idea de que asumiendo los principios y fórmulas del derecho de los particulares se podía brindar soluciones a los conflictos propios de lo público, cuando en la realidad de las cosas se trataba de conflictos y situaciones de naturaleza diferente.

²⁹⁸ JÉZE. *Revista Rumana de Drept Public*, abril-junio de 1926. Citada por M. HAURIOU en *Précis de droit administratif et de droit public*, París, Recueil Sirey, 1927. Prefacio a la edición “Las prerrogativas públicas y el servicio público”.

²⁹⁹ HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Se refiere precisamente a las impetuosas manifestaciones académicas de JÉZE en los siguientes términos: “[...] Aunque estos jurisprudencias sean muy importantes, no creemos que ellos representen toda la doctrina ni toda su influencia. Los partidarios de las viejas teorías no piensan lo menos, pero se callan. No se debe dejar de defender la verdad. Esta defensa es más fácil de lo que se creería, sobre todo si se pasa al contra ataque. El Sr. Jéze, quien es un poco el niño travieso de la escuela, y

Desde la perspectiva realista y de la solidaridad social, el concepto de servicio público, en la obra de Jéze, guarda estrecha relación con las necesidades de interés general que deban ser satisfechas por la administración. En esto, es absolutamente claro Jéze al abordar el tema, solo se ocupa la administración, sostiene, de aquellas necesidades de interés general, que no sean de la órbita absoluta de los particulares y que estos puedan satisfacer autónomamente, como por ejemplo la alimentación etc., debiendo asumir las que desbordan para su satisfacción el ámbito de las capacidades de la individualidad, como por ejemplo, los relativos a la justicia, policía, comunicaciones telegráficas, telefónicas, postales, etc. e igualmente, de otras, que por su naturaleza, a su satisfacción acuden a su vez, tanto la administración, como los particulares, como pueden ser, entre otras, la educación, el teatro, la sanidad, la asistencia, cajas de ahorro, etc.³⁰⁰

En consecuencia, para una teorización de los servicios públicos, propone Jéze, se deben considerar básicamente estas dos últimas modalidades, que implican satisfacción directa por la administración o conjunta con los particulares, de necesidades de interés general, las cuales deben sujetarse, para los efectos de la satisfacción a las necesidades de interés general correspondientes, de manera inevitable, a un claro régimen especial de derecho público administrativo, que garantice su prestación regular, continua, rápida y completa; régimen que Jéze lo circunscribe a lo que denomina como procedimientos de servicio público³⁰¹ y que se caracteriza por contener una pluralidad de reglas que se sujetan y adaptan permanente a las leyes y

quien a una fuerza de análisis irrefutable agrega una cierta franqueza abrupta vecina de la imprudencia, deja ver en su artículo el defecto de la coraza del sistema. Él quiso definir *ex cathedra* la noción de servicio público, nueva idea central del derecho público, *omnis definitio periculosa*, jamás el antiguo adagio fue mejor constatado [...].”

³⁰⁰ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, pp. 283 y ss.

³⁰¹ Procedimientos que pueden estar dotados únicamente de técnicas propias del derecho público o incluso acudir a las técnicas de los particulares para lograr la satisfacción plena de las necesidades públicas. Las técnicas pueden ser tanto de derecho público como de derecho privado. Véase al respecto el prefacio del autor a la edición argentina de los *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. XXIX. “[...] Cuando la administración decide utilizar el procedimiento técnico del derecho privado para obtener el resultado perseguido, no hay razón para excluir la aplicación del derecho privado. El acto jurídico no será regido por el derecho administrativo: no existen motivos para aplicar reglas especiales. [...]”.

reglamentos que rijan para los correspondientes servicios públicos, lo que las hace, por esta razón, susceptibles de modificación en todo instante, al fin y al cabo, lo que está de por medio es el interés general y para estos efectos la administración debe ejercer plenamente todas sus facultades, para hacer en todo momento viable la prestación efectiva del servicio público, para atender de la mejor manera el servicio correspondiente³⁰².

Sin embargo, la doctrina así planteada no logra articularse certeramente, en el fondo de ella predomina de manera ostensible un profundo rasgo de subjetivismo, en lo máspreciado de la misma como lo era la determinación realista de la necesidad de interés general que determinara la presencia de un servicio público con todas las características expuestas, para Jéze, la calificación de la ocurrencia de una hipótesis de servicio público devenía fundamentalmente de una exclusiva calificación discrecional que sobre su

³⁰² JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, pp. 284 a 289. Lo expuesto no ofrece mayor dificultad, según las elaboraciones conceptuales de JÉZE en las hipótesis en que el legislador hubiere expedido reglas especiales para regir determinados servicios públicos. El problema se suscita en los casos en que no existe propiamente un régimen legal para ser debidamente aplicado a los mencionados servicios, caso en el cual le surge al intérprete, sea éste el jurista o la administración, el deber de determinar con certeza si se encuentra frente a un servicio público al que deba aplicar reglas especiales de derecho público, o por el contrario, una actividad regida por el derecho privado en cuanto no alcanza la categoría de servicio público en cuanto se refiere a necesidades o asuntos no propiamente de carácter general e interés de la comunidad. Si la calificación que se hace de la actividad prestacional es la de estar revestida de las características propias de un servicios público, las consecuencias respecto de las mismas desde la perspectiva jurídica, según los trabajos de JÉZE, serían las siguientes: la actividad prestacional de servicio público estaría sujeta a reglas especiales de derecho público; la situación jurídica de los individuos vinculados al servicio es la de agentes del servicio público propiamente dicho, y no de personas al servicio de un patrono o jefe privado o particular, esto en cuanto, en la realidad de las cosas, están destinados a asegurar el funcionamiento regular y continuo de un servicio público; las cosas o bienes destinados al servicio público pasan a constituirse en bienes sujetos a un régimen de dominio público en contraposición a los bienes privados; los dineros destinados al servicio público son siempre públicos, con todas las consecuencias que esto implica; los bienes derivados de las obras que se construyan para el servicio público se consideran provenientes de obras públicas y de ser necesario para la ejecución de éstas se podrá acudir a procedimientos expropiatorios que garantizan el pleno desarrollo del servicio público; todos los actos o decisiones adoptados por la administración en función de los servicios públicos son actos administrativos; la responsabilidad de los agentes públicos y de la administración en función del servicio público se sujetará a reglas diferentes de la responsabilidad de los particulares; los actos y situaciones de responsabilidad derivados de la prestación de los servicios públicos se sujetarán al conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa; todas estas reglas podrán ser modificadas en todo momento y lugar por la ley y el reglamento.

existencia y presencia en un momento determinado de la dinámica de la sociedad hiciese la misma administración.³⁰³

1.4.3. El concepto de derecho administrativo en la obra de Jéze

Con fundamento en las anteriores apreciaciones doctrinales Jéze propone en consecuencia como derecho administrativo, aquel derecho público administrativo que se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se producen con ocasión de los servicios públicos³⁰⁴; el derecho administrativo, anota insistentemente en su obras, es la gran fuente de normas especiales que convengan para el bien funcionamiento de los servicios públicos, desarrollando las bases para el ejercicio del poder discrecional creador de los mismos por la administración pública, y permitiendo que los mismos, funcionen y se adapten de manera permanente y continua a las cambiantes condiciones y situaciones económicas y sociales en cada país civilizado. El derecho administrativo debe velar por una mayor flexibilidad en el desarrollo de los servicios públicos³⁰⁵. El derecho administrativo es igualmente el gran garante de los derechos e intereses generales y con ellos, por efecto, el de los derechos e intereses de los particulares³⁰⁶.

1.4.4. Los contratos y la concesión en el pensamiento de Jéze.

La administración para garantizar la debida y continua prestación de los servicios públicos acude a los contratos administrativos que son los destinados precisamente a estos propósitos y para el logro de las finalidades propias de los servicios públicos con reglas y principios elaborados por la jurisprudencia

³⁰³ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, pp. 289 y 290. En esto es claro JÉZE y no duda en exponerlo: “[...] Son única y exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público. Sólo importa considerar la intensidad de los gobernantes. La opinión de los tratadistas carece de interés. El criterio personal del jurista que resuelve la dificultad es indiferente [...]”.

³⁰⁴ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, p. 34.

³⁰⁵ GASTÓN JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio a la edición argentina, p. XXIX.

³⁰⁶ GASTÓN JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio a la edición argentina, p. XXXI. “[...] El derecho administrativo concilia razonablemente los poderes de la administración y los derechos de los particulares [...]”.

que los hacen sustancialmente diferentes de los contratos propios de los particulares³⁰⁷. En este sentido, entiende Jéze, que el contrato administrativo es un fenómeno negocial diferente al del derecho privado³⁰⁸, sin que esto constituya una limitante, para que la administración acuda al contrato de derecho privado, como técnica adicional para garantizar la debida prestación del servicio público³⁰⁹.

Ahora bien, en la visión de compromiso profundo y solidario con las necesidades de interés general, el contrato que se convierte por excelencia, en el instrumento más importante para el logro de los propósitos del servicio público, lo es sin duda, en la visión realista de Jéze, el de concesión de servicio público, al que considera, el contrato más importante del derecho administrativo francés, el mejor estructurado por la jurisprudencia, “[...] *para el cual el Consejo de Estado ha construido una teoría notable [...]*”, diferenciándolo sustancialmente del contrato de concesión de obra pública, al cual estuvo íntimamente vinculado por muchos años, o en palabras de Jéze, con el cual se le había confundido sustancialmente, creando en este sentido la

³⁰⁷ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 311 y ss. Para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos la administración puede acudir a los contratos administrativos. “[...] estos contratos se asemejan a los que celebra un particular. Ante todo, el régimen jurídico de los contratos administrativos parecería ser el mismo a que se someten los contratos de los particulares. Pero esto no es más que una apariencia. Hay un elemento esencial que no se halla en las relaciones de particular a particular; estos contratos se concluyen para el funcionamiento de un servicio público [...]”. en esta dirección son entonces contratos administrativos para JÉZE “[...] los contratos celebrados por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, que se rigen por reglas especiales, distintas de las que se aplican a las relaciones de los particulares entre sí [...]”. Estas reglas especiales que hacen diferente el contrato administrativo del que celebran los particulares la resume JÉZE en las siguientes: forma de los contratos; poderes unilaterales de la administración para obtener la ejecución fiel y regular del contrato; facilidades derivadas de la teoría de la imprevisión; conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa de los litigios derivados del contrato en razón de la presencia de las reglas especiales aplicables a los mismos.

³⁰⁸ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, prólogo a la segunda edición, Madrid, Reus, 1928, p. 25. El servicio público consolida la idea real de la manifiesta diferencia entre el contrato del derecho civil y el propio del derecho privado.

³⁰⁹ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio a la edición argentina, p. XLIII. En este aspecto la doctrina critica la posición de JÉZE al tratar de justificar precisamente lo que se venía venir en aquella época como una de las causas del naufragio de la teoría de los servicios públicos y era nada menos que la ruptura del principio según el cual a éste le correspondía tan solo un procedimiento de derecho público, cuando ya desde entrados los años veinte la jurisprudencia francesa había abierto la puerta a los denominados servicios de carácter industrial y comercial con el famoso *Arrêt Eloka*, que de por sí desvirtuaban toda su teoría. Consúltese a este respecto BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit.

jurisprudencia, una figura contractual especial sujeta a reglas y principios particulares que lo convirtieron en un importante instrumento en relación con el cumplimiento de los propósitos inherentes al servicio público de carácter económico³¹⁰.

Sobre esta base se construyó el concepto negocial de concesión, entendiéndolo, como un contrato administrativo propiamente dicho, de larga duración, esto sujeto a un régimen jurídico propio y especial diferente al derecho civil³¹¹; cuyo objeto podía consistir en la explotación de un servicio público para su organización y funcionamiento, o la realización de una obra³¹²; con gastos y riesgos a cargo del concesionario³¹³; con un reconocimiento

³¹⁰ GASTÓN JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio a la edición argentina, p. XLVI. De manera general JÉZE caracteriza el contrato de concesión de servicios públicos conforme a la siguiente línea de variables que concurren a su formación: los riesgos y peligros de la ejecución del negocio corren a cargo del concesionario; comúnmente la remuneración del concesionario se traduce en el reconocimiento de derechos para percibir y aprovecharse de tasas, tarifas que hubieren sido fijadas como retributivas por el servicio a cargo de los usuarios; el tiempo es determinante para la configuración del negocio, en este sentido se le cataloga como de larga duración; la figura se da principalmente en los servicios que tienen carácter económico.

³¹¹ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 362 y 363. “[...] Cuando la administración crea una organización para satisfacer una necesidad de interés general y la ley le confiere el poder de hacer de ella un servicio público propiamente dicho, ello significa que la administración goza de poderes que están por fuera de la órbita del derecho civil, para explotar el servicio, es decir, para asegurar la satisfacción regular y continua de la necesidad de interés general. Si la administración encomienda la explotación, mediante un contrato de concesión, a un individuo o a una sociedad, naturalmente que el individuo o la sociedad concesionarios van a ejercer las facultades dentro de la órbita reconocida a la administración [...]”.

³¹² JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 367. Bajo los trabajos de la teoría de los servicios públicos resulta indiferente distinguir entre concesión de obras y servicios en la medida en que ambas son posibles y se refieren a la base genérica de los servicios públicos. Por otra parte, es posible que la una conlleve la otra, sean esencialmente complementarias. Lo importante es escindir el simple contrato de obras del de concesión. Mientras se trate únicamente de la ejecución o de la conservación de la obra pública, hay contratos de obras públicas verdaderos, pero si la remuneración del empresario consiste en el derecho conferido a este último, que se encarga también del funcionamiento del servicio público, percibiendo una tasa de los usuarios de la obra pública, el contrato será inevitablemente de concesión.

³¹³ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 373. El concesionario asume los riesgos que le hubieren sido transferidos de manera clara y explícita por la administración en la estructuración del negocio y los cuales se obligó a asumir en aras de la debida ejecución de lo pactado. No otros son los riesgos del contratista. Ni mucho puede entenderse con esta expresión de la doctrina que estemos frente a contratos aleatorios. El de concesión es básicamente conmutativo, pero de riesgos definidos, dado su carácter, naturaleza y sobre todo duración que lo hace frágil a las eventualidades. La definición y distribución de riesgos constituye un alea para cada una de las partes que de acuerdo con la estructuración del negocio le corresponda asumir “[...] considerándose que cada parte ha tenido en cuenta dicho alea en los cálculos y previsiones que hizo antes de contratar [...]”.El

económico o remuneración del prestador o concesionario, consistente en el derecho que se le confiere para percibir, en su beneficio, y por parte de los usuarios los usuarios, una contribución, tasa, tarifa previamente establecida para el efecto, que garantice la ecuación financiera del negocio³¹⁴, durante toda la concesión, que implica en consecuencia conforme a las complejidades de la misma, lapsos por lo general prolongados para su ejecución³¹⁵, siempre y en todos los casos, bajo el control de la autoridad concedente y sin que el servicio deje de ser público³¹⁶. El concesionario debe garantizar la continuidad del

riesgo, sin embargo, no puede ser absoluto y debe ser apreciado con flexibilidad sobre todo frente a los fenómenos de la imprevisión.”

³¹⁴ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 374 y ss. Para la teoría clásica de los servicios públicos, la remuneración del concesionario se hace básicamente de recursos fiscales provenientes de las tasas que el legislador autorice ceder o entregar al concesionario y en las cuantías que resulten adecuadas al concesionario. Tratándose la concesión de un negocio esencialmente financiero, la tasa o contribución debe ser necesaria y suficiente para cubrir los gastos de la explotación y remunerar convenientemente los capitales invertidos en la misma. La tasa puede ser objeto de modificación en los términos pactados. Pueden acordarse subvenciones y garantías de interés para compensar los deterioros de las tasas y de las tarifas. “[...] Es propio de una concesión [...] y esencia misma de todo contrato de concesión, procurar y realizar en la medida de lo posible un equilibrio entre las ventajas que se otorgan al concesionario y las cargas que se le imponen. La explotación de un servicio público puede considerarse a priori onerosa o remunerada. Los beneficios consentidos al concesionario y las cargas que se le imponen deben equilibrarse para que constituyan la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión está también implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que de él se exige. *Este cálculo de equivalencia es esencial al contrato, aunque resulte extraño a su constitución jurídica, y no modifica su naturaleza, en razón de que es la base, el fundamento mismo, del acuerdo, del consentimiento*”.

³¹⁵ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 389. Por razones de estabilidad y de continuidad, los doctrinantes clásicos proponían para la concesión largos periodos de ejecución de lo pactado. Por otra parte, suponiendo que las concesiones conllevan grandes inversiones económicas por parte de los concesionarios, debe garantizarse el tiempo necesario para su recuperación y además hacer con el manejo del tiempo atractiva la concesión para los inversionistas interesados en colaborar con la administración en el desarrollo de sus proyectos y servicios a la comunidad. “[...] Cuando se trata de obligaciones, existe un cuadro de amortización para estas deudas. Cuando más lenta es la amortización, más débil es la carga respectiva. Pero interesa a los usuarios que la carga de la amortización sea débil, porque así las tasas serán más reducidas [...]”.

³¹⁶ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 362. En la concesión no se desprende la administración del servicio: sencillamente lo encomienda para su adecuada, oportuna, continua organización, prestación o explotación por el tercero. En este sentido, la doctrina reconoce que la administración ejerce el control y la vigilancia adecuada respecto del concesionario con el propósito de que éste no desborde las facultades y órbita reconocidas a la administración para su desarrollo. En las conclusiones del comisario LEÓN BLUM (Consejo de Estado, 11 de enero de 1910. *Compagnie Générale Française des Tramways*) p. 372. “[...] El estado no puede desinteresarse del servicio público [...] una vez concedido. Se concede, sin duda, pero no por ello deja de ser un servicio público. La concesión representa una delegación, es decir, una forma de gestión indirecta, pero no equivale a un abandono, a una entrega. El Estado sigue siendo fiador responsable de la seguridad pública que una inhábil ejecución del servicio puede comprometer. Sigue siendo

servicio y la administración los ingresos adecuados para la ejecución de lo pactado. Eventualmente de acuerdo con el tipo de concesión el concesionario puede ser investido de la facultad de ejercer precisas y excepcionales funciones públicas administrativas tendientes a hacer viable el funcionamiento de los servicios públicos encomendados, lo cual guarda relación con la misma naturaleza de la concesión que en la realidad de las cosas es una especie de desprendimiento de fuerza de los gobernantes hacia el particular con el fin de cumplir de manera adecuada y continua con la prestación del servicio.

En relación con este contrato, lo que se puede observar, es que Jéze en la realidad de las cosas retoma los planteamientos de Duguit, destacando la doble naturaleza de la institución, en esa rara combinación entre contenidos propiamente contractuales y los derivados de la relación convenio-ley, incorporando de manera clara la figura concesional, dentro de los senderos de un profundo proceso estructurador en manos de la administración, al cual se llega a partir de la caracterización que el Consejo de Estado ha elaborado en torno de ella³¹⁷.

Esta corporación se ha ocupado de postular en sus providencias una serie de reglas que en verdad se hacen consistentes a partir de una estricta planeación previa de la figura por parte de la administración³¹⁸, proceso decantador de condiciones contractuales, fundadas en la noción clásica de contrato y otros meramente destinadas a la regulación del servicio, por lo tanto, de estricto derecho público, lo que configura en consecuencia un especial ámbito de condiciones jurídicas previas irremediable de cumplimiento con la debida antelación al inicio de cualquier proceso de selección o asignación de concesión alguna. En esto la similitud de la propuesta de Jéze con la de Duguit es significativa. Las reglas articuladoras de la figura concesional de necesaria

responsable del orden público, al que puede perturbar una ejecución incompleta o desgraciada [...]”.

³¹⁷ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, pp. 326 y ss.

³¹⁸ *Ibíd.*, p. 328. El gran deber de las autoridades, el imperativo por excelencia, en palabras de JÉZE, es el de organizar los servicios públicos en las mejores condiciones posibles para atender debidamente las exigencias de la sociedad.

estructuración previa, básicamente en los pliegos de condiciones³¹⁹, según esta doctrina son las siguientes:

En primer lugar: Definición del marco contractual de la concesión³²⁰: la determinación del contenido del contrato propiamente dicho, objeto, sujetos, duración, valor, remuneración³²¹, marco financiero del mismo, contenido obligacional etc.; comprende así mismo, la definición contractual la determinación de los riesgos y peligros contingentes de la explotación del servicio mediante el contrato de concesión, los cuales a la luz de la doctrina de Jéze, resultan connaturales a la figura y sobre ellos debe haber claridad con anterioridad al contrato mismo. Cláusulas estas inmodificables. Definición de

³¹⁹ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 371; tomo I, p. 66. El trabajo de JÉZE va prácticamente de la mano del de DUGUIT; en esta materia se observa esta influencia en la compleja estructuración de la concesión. Sostiene precisamente JÉZE al respecto, en relación con estructuración de estos negocios, lo siguiente: “[...] Otro ejemplo nos lo proporciona lo que se llama el pliego de condiciones para la concesión de un servicio público; [...] Muchos creen que hay aquí un acto jurídico simple; se habla de contrato, del que se hacen nacer situaciones jurídicas individuales: créditos y obligaciones. En realidad, el pliego de condiciones es un documento que contiene actos jurídicos diferentes. Antes que nada, se halla contenida en el la organización del servicio público [...]. Este acto tiene un carácter general, impersonal, y un contenido legislativo; es una ley, un reglamento propiamente dicho. Pero existen, además, cláusulas que determinan de manera particular las tarifas que deben pagarse al concesionario, así como sus obligaciones particulares. Estos actos carecen de carácter legislativo: son actos creadores de situaciones jurídicas individuales, actos-condiciones, etc. [...]”.

³²⁰ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, p. XLVIII. El componente contractual es el generador de seguridad para las partes negociantes. En la realidad de las cosas, determina la estabilidad jurídica de la relación. Impide la adopción de medidas unilaterales por las partes. En consideración de JÉZE en cuanto a la parte contratista se refiere, es decir en relación con el concesionario, la presencia de estas normas de estirpe privatista en el contrato administrativo no genera otra cosa que certeza. “[...] Todo lo que el contrato ofrece al concesionario es la certeza de que jamás será perjudicado por los cambios aportados por la administración a la explotación del servicio público, tal como había sido prevista en el contrato [...]”.

³²¹ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, p. XLVIII. La remuneración del concesionario hace parte del componente contractual del negocio y se determina como un componente altamente técnico y financiero sujeto a un amplio margen de discrecionalidad técnica que permite determinar cuál debe ser la misma e igualmente, cuál su fuente, una tasa, una tarifa que por regla general debe ser sufragada por el usuario. En el discurso de JÉZE en torno a este aspecto trascendente de la concesiones, si bien cierto que la remuneración es un componente estrictamente contractual, su fijación deviene de la actividad unilateral de la administración: “[...] El concesionario no fija por sí mismo estas tasa; es la administración quien lo hace [...]”, y vincula tanto al concesionario como a los usuarios de manera igualitaria. Siendo de fijación unilateral la tarifa inicialmente estudiada y pactada, esto es, la proveniente del proceso de planeación inicial del negocio, puede ser alterada por la administración por razones de interés general, sin embargo, reitera JÉZE, en relación con esta hipótesis, que, “[...] Pese a ello, el concesionario no debe afrontar los gastos derivados de una reforma de tarifas decidida por la administración [...] si la modificación perjudica al concesionario, imponiéndole una carga que no había sido prevista en el contrato de concesión, podrá reclamar una indemnización compensatoria [...]”.

riesgos y peligros que dado su carácter contractual compromete a la administración y los hace inmodificables durante la ejecución del negocio³²²; la definición de las características y condiciones para el ejercicio del derecho al rescate de la concesión por parte de la administración con el fin de recuperar enteramente el servicio concesionado³²³.

En segundo lugar: Definición del marco propiamente de estricto derecho público de la concesión: la decisión de si el servicio se cumple de manera directa por la administración o se entrega en concesión debe hacerse de manera previa y la decisión correspondiente no significa en manera alguna que la titularidad del servicio se pierda, el servicio sigue en todos los casos siendo un servicio público en cabeza de la administración solo que delegado para su ejecución; la anterior decisión, engendra de inmediato el significado de la segunda regla, también de estructuración previa en desarrollo del principio de planeación, que indica que, si el servicio concesionado continua siendo público y de responsabilidad de la administración, debe en cuanto tal circunstancia, estar sujeto a un régimen jurídico especial, determinado en el correspondiente pliego. Este régimen jurídico conlleva el establecimiento de reglas relativas a la organización del servicio, si el mismo no ha sido expedido por el legislador. Esto es, constituye una carga previa de la administración la definición de este

³²² JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, p. XLVII. El riesgo es un elemento de carácter contractual del negocio de concesión; por lo tanto, no es posible alterar la distribución originaria del mismo de manera unilateral por parte de la administración salvo que medie indemnización. En este sentido, el concesionario tan sólo está obligado en cuanto a la asunción de los riesgos originales del contrato. “[...] Si la administración, usando de su derecho incontestable, inalienable e imprescriptible, modifica la organización del servicio no puede hacerlo arrojando la carga sobre el concesionario [...]”. Cualquier cambio unilateral del contrato o de la organización del servicio puede alterar el cálculo que el concesionario hubiere propuesto en relación con su remuneración, y esto es toca con aspectos neurálgicos de la relación subjetiva del negocio. Puede afectar la ecuación financiera del contrato.

³²³ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, p. XLVII. El rescate en la teoría de JÉZE es la recompra anticipada del negocio, por parte de la administración, cuando se dan, en relación con el interés general, las condiciones adecuadas y propicias para que esto suceda. JÉZE califica este tipo de negocios como inherente a la concesión misma en cuanto figura vinculada a los propósitos del servicio público, lo que hace que la administración pueda en cualquier tiempo recuperar la prestación del mismo de manera unilateral, obviamente indemnizando al titular de la concesión. Sin embargo, la doctrina condiciona y destaca la procedencia del rescate a que plenamente se satisfaga con ello al interés general, de lo contrario se podría incursionar por los senderos del desvío de poder. “[...] Por ejemplo, si la administración concedente procede al rescate únicamente para arrebatar al concesionario una explotación lucrativa, su acto está viciado de desviación de poder [...]”.

marco organizacional reglamentario, que carece en absoluto de naturaleza contractual y puede ser abordado de manera unilateral por la administración durante la ejecución del contrato³²⁴.

1.5. Un “detractor” natural en Toulouse: Maurice Hauriou

El principal opositor a las sustentaciones doctrinales del León Duguit³²⁵ y en general a la llamada escuela de los servicios públicos o de Burdeos, como mejor se le conoce en la doctrina del derecho administrativo, lo fue sin duda, el profesor de Toulouse y cabeza visible de la escuela de la “*puissance publique*” Maurice Hauriou. En diferentes obras Hauriou³²⁶ expone las que vienen a ser

³²⁴ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, p. XLVII. En este aspecto, JÉZE retoma integralmente los planteamientos específicos de DUGUIT en relación con los convenios o contratos-ley. El solo hecho de reconocer la presencia de un componente de estricto derecho público en la estructuración de todo negocio de concesión, sujeto a la voluntad y decisión unilateral de la administración, en aras de preservar sus atribuciones de organización y aseguramiento del servicio propiamente dicho, estableciendo reglas, y adaptándolas de acuerdo con las condiciones cambiantes de la problemática social, así lo deja entrever. En este sentido, no puede resultar extraño que la administración disponga en cualquier momento las modificaciones y adiciones necesarias del componente no contractual de la concesión para asegurar “[...] un buen funcionamiento, una marcha normal del servicio [...]”.

³²⁵ Sobre la vida y obra de M. HAURIOU puede consultarse el excelente trabajo del profesor ANTONIO ENRIQUE SAMPAY. Prólogo al libro *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968. Destaca SAMPAY que HAURIOU nació el 17 de agosto de 1856 en la comuna rural del departamento de Charente, suroeste de Francia. Cursó los estudios primarios en Deviat, otra aldea rural de Charente, donde su padre era notario; los secundarios en el Liceo de Angoulême y los superiores en la Universidad de Burdeos, en cuya facultad de derecho obtuvo la licenciatura en 1876 y el grado de doctor en 1879. Entre sus compañeros de estudios se destacan profesores, que al igual que él, años después pasarían a ser los grandes teóricos del derecho administrativo francés, como evidentemente lo fueron LEÓN MICHOU, LEÓN DUGUIT y HENRI BERTHÉLEMY. Con los tres guardó profunda amistad y respeto. “[...] Con Duguit, el célebre decano de la facultad de Burdeos, no obstante conservar una inalterable amistad, disintió radicalmente, que es el modo de discrepar un adepto de la metafísica clásica con un positivista [...]”. Escribió y cultivó el derecho romano y fue en consecuencia un brillante estudioso del derecho civil. El 1.º de enero de 1883 se incorporó como agregado de la facultad de derecho de Toulouse, encargándose del curso de historia del derecho. El 24 de marzo de 1888 es ascendido a la cátedra de derecho administrativo. El 1.º de noviembre de 1920 lo fue a la cátedra de derecho constitucional. El 1.º de noviembre de 1906 fue designado decano de la facultad, cargo para el cual fue reelegido hasta el 31 de agosto de 1926; después fue decano honorario, y vitalicio hasta el día de su muerte, el 12 de marzo de 1929. Su obra es amplia, sustancial y prolífica: comprende más de noventa trabajos entre libros y artículos, a los que hay que sumar más de trescientos análisis y comentarios a sentencias judiciales.

³²⁶ HAURIOU. *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Reus, 1928. En relación propiamente con su teoría de cara al derecho administrativo de la época, *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., 11.ª ed. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public” (pp. VII a XV).

las bases de su teoría³²⁷. En ellas, las críticas de Hauriou, se dirigen a desvirtuar, desde la perspectiva de la teoría constitucional, la que considera fantástica construcción jurídica y política de Duguit en relación con el Estado, la soberanía y el derecho público en general, elaborada tomando como base determinante del concepto teleológico de los servicios públicos, lo que significaba en su opinión, una simple y llana “[...]reversión de valores, herejía del socialismo jurídico [...]” que invirtió de manera anormal la posición correcta de las cosas, desalojando para un segundo plano lo principal, esto es, el poder mismo, sin el cual, los fines de servicio público propuestos por Duguit, configurarían un imposible³²⁸.

1.5.1. La “*puissance publique*” y sus fundamentos doctrinales

Hauriou se encarga a lo largo de su obra en desvirtuar uno a uno los argumentos de Duguit, partiendo para estos efectos de parámetros conceptuales y doctrinales fundados en concepciones metafísicas e individualistas³²⁹, profundamente inspiradas en elementos propios del derecho natural, dando prelación en cualquier aproximación al orden constitucional, a las creencias morales, al orden, al poder “*puissance publique*” y a la libertad,

³²⁷ Sobre las características y alcance de la concepción del derecho administrativo bajo el criterio de “poder público” desarrollada principalmente por MAURICE HAURIOU. Pueden consultarse sus dos obras más importantes: *Principios de derecho público y constitucional*, cit.; y en relación propiamente con su teoría de cara al derecho administrativo de la época, *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., 11.ª ed. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public” (pp. VII a XV). Asimismo a RIVERO. “Maurice Hauriou y el derecho administrativo”, en *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002; PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., p. 99 y ss.; ÁNGEL MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN. “El poder administrativo”, en REDA, n.º 33, 1982.

³²⁸ HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., 11.ª ed. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public” (pp. VII y XII). Refutando los planteamientos de DUGUIT y los desarrollos de JÉZE dentro del marco de lo que se denominaba “escuela de los servicios públicos”, HAURIOU encuentra en ella el mayor de los retrocesos históricos del derecho público. “[...] Esta reversión de valores constituye la herejía del socialismo jurídico, cuyos estragos no han conmocionado menos el mundo del derecho que los cismas a la cristiandad. Correspondía a la lógica del error sobre la primacía del fin que, dentro del derecho público se creara una “escuela del servicio público” esforzándose por hacer predominar la idea del servicio, considerada como un fin del Estado, sobre aquella de la primacía de la voluntad del Estado considerada como un medio de realizar el fin. [...]”.

³²⁹ HAURIOU. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., p. 66. De plano, HAURIOU descarta la posibilidad de que su doctrina en relación con la sociedad se pueda fundar en cualquier consideración de una conciencia colectiva y por lo tanto señala que sus exposiciones en relación con el tema tan solo se van a servir de “[...] factores individuales, tales como las conciencias individuales, las voluntades individuales, los poderes individuales, y también las ideas [...]”.

argumentos estos, que por su origen y naturaleza se ubican sustancialmente en clara oposición a las ideas socialistas, realistas, objetivas y positivas de Duguit, esto es, dispuestas en un plano absolutamente contrario a lo sustentado como verdad absoluta por la escuela de Burdeos durante toda su existencia. Hauriou postula un orden individualista que niega a la sociedad el papel protagónico otorgado por Duguit y que centra en el poder absolutamente cualquier interpretación, análisis y justificación de las funciones públicas y en especial del derecho administrativo³³⁰.

Hauriou resume su gran teoría, destacando que “[...] Los publicistas que han organizado nuestro Derecho administrativo lo han fundado sobre las prerrogativas públicas [...]”, esto en clara oposición a los trabajos y planteamientos de la escuela de los servicios públicos y los profundos argumentos reiterados en prácticamente todas las obras de Duguit. Hauriou, al igual que sus contradictores de doctrina, también de manera radical, encuentra otro elemento motor, diferente al servicio público para justificar el carácter sustantivo del derecho administrativo; en otro elemento de por sí, altamente discutible, no precisamente derivado de la solidaridad social y del realismo jurídico, sino del ejercicio efectivo de poder, en lo que identifica como las “*prerrogativas de poder*”, al cual destaca como el medio para alcanzar los fines estatales, medio que pasa a constituirse en lo principal y determinante en contraposición a consideraciones estrictamente finalísticos³³¹.

³³⁰ HAURIOU. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., pp. 49 y 50; 162 a 165. Para HAURIOU, lo primordial es ante todo el orden individualista, tal como se deriva del derecho natural; lo secundario, la sociedad. “[...] La sociedad es un tejido cuya trama está formada por las libertades subjetivas de los hombres, hijas de la libertad, y cuya urdimbre la constituyen las ideas objetivas [...]”. Así mismo, la justificación de la existencia del Estado y la soberanía no se da por otra razón que por el ejercicio del poder. El concepto de poder en la obra de HAURIOU es clave y fundamental. “[...] El poder es una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del derecho [...]. El poder es una libre energía dotada de superioridad, es decir, que es, a la vez, una libertad, una energía y una superioridad [...]. El poder asume la empresa del gobierno de un grupo humano [...]. El poder gobierna por la creación continua del orden y del derecho [...]”. En este sentido se explica el concepto de soberanía, siendo ésta la depositaria del poder y por lo tanto lo controla; en esto se fundamenta la noción de “*puissance publique*”.

³³¹ HAURIOU. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., p. 374. “[...] Sabemos que la empresa-Estado no podría realizarse sin el instrumento de un poder, y que este se presenta esencialmente como una voluntad servida por una coacción material [...]”. Puede consultarse el análisis del profesor SABINO CASSESE a la conceptualización de HAURIOU fundada en el criterio de las prerrogativas públicas en “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, cit., p. 32.

Para esta construcción teórica, el medio es lo fundamental, y los fines un aspecto secundario de la relación. En el no entendimiento de este planteamiento y su consiguiente malformación a partir de argumentos contrarios a los valores de la cultura, radica Hauriou el gran error histórico de Duguit, al darle valor y fuerza inusitado a lo secundario, a los fines recogidos en el concepto de servicio público, en contraposición a los medios que puedan utilizarse para el logro de los mismos, esto es a las prerrogativas públicas, que siempre y bajo cualquier consideración estarán por encima de aquellos, en planos absolutamente diferentes. Los fundamentos del concepto de las “*prerrogativas públicas*” devienen, según las exposiciones de Hauriou, en primer lugar de los desarrollos del principio de la división de poderes, y en segundo lugar, de la concepción según la cual, los medios y no los fines son los trascendentes en la conformación de la disciplina³³².

Al entender a la administración pública como un fenómeno de poder, Hauriou se aparta de consideraciones materiales y hace énfasis en las características que el mismo adquiere para consolidarse como verdadera *puissance publique* (esto es, en la intensidad de sus relaciones y capacidad para lograr los cometidos estatales); de esta forma se pueden focalizar, en la teoría de Hauriou, algunos caracteres esenciales del poder público que lo identifican y permiten conceptualizar a la administración y al derecho administrativo: la existencia de un poder institucionalizado en cabeza del poder ejecutivo que le permite desarrollar la función administrativa mediante la actividad pública y en ejercicio de poderes exorbitantes de derecho común, al igual que la posibilidad unilateral de imposición de sus decisiones en lo que se ha llamado por la doctrina como el fenómeno de la decisión ejecutoria³³³.

³³² HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. La clave de la discusión DUGUIT-HAURIUO está dada en la relación entre los medios y los fines y cuál de los dos conceptos configura el centro de acción del derecho administrativo. Cuál de los dos enerva la gran teoría sustancial del mismo. Al respecto se resume la posición de HAURIUO al indicar que “[...] en el derecho público, los fines del Estado le son secundarios, son sus medios de acción, derechos soberanos u otros, ejercidos por la autoridad gubernamental los que le interesan. En suma, el derecho tradicional, dentro de sus objetivos, ubica las prerrogativas de la voluntad, que son los mecanismos de acción, antes que los fines [...]”.

³³³ ANDRÉS BETANCUR RODRÍGUEZ. *El acto ejecutivo. Origen y formación de la categoría central del derecho administrativo*, Madrid, CEC, 1992, p. 297. El autor hace un detallado e importante estudio aproximativo a la noción de “decisión ejecutoria”, según la teoría de la *puissance*

1.5.2. Los elementos de la teoría de la “*puissance publique*”

Este contexto doctrinal nos permite afirmar la existencia de los siguientes elementos de la teoría: un poder administrativo activo, dotado por el derecho de *puissance publique*, con prerrogativas legales exorbitantes y con capacidad de decisión ejecutoria (como la principal característica diferenciadora del derecho común); y, por otra parte, de manera complementaria, en una

publique. Destaca la trascendencia que HAURIUO les otorga al acto administrativo y a las operaciones administrativas, conceptos que recoge en el de “decisión ejecutoria”. Para HAURIUO, indica BETANCUR, el derecho administrativo es un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto. Todo se ha concentrado sobre el acto, incluso las prerrogativas de la administración, las cuales, si consideramos bien las cosas, se reducen al privilegio de la ejecución previa, en la que se manifiesta la virtud ejecutoria del acto, y al privilegio de jurisdicción para el contencioso creado por el acto (p. 300). “Hauriou elevó la decisión ejecutoria a la categoría de clave de bóveda del derecho administrativo, junto con la ley, como pilares básicos del derecho administrativo moderno”. WEIL. *Derecho administrativo*, cit., p. 85. La decisión ejecutoria constituye punto dicotómico con los principios del derecho privado. “Un particular no puede, en principio, ver nacer derecho y obligaciones más que a través de su consentimiento o en virtud de una decisión judicial”. La administración lo puede hacer unilateralmente mediante sus decisiones. Además del planeamiento jurídico de la exorbitancia, HAURIUO destaca uno específico de la misma naturaleza, pero ligada al actuar mismo de la administración que la caracteriza y se constituye en parte del derecho administrativo moderno: se trata del acto administrativo o de la decisión de la administración en el ejercicio del poder público. Esta teoría le permite a la doctrina administrativista sostener la existencia en cabeza de la administración del llamado poder de acción oficiosa o posibilidad de imponer unilateralmente las manifestaciones de voluntad que adopte. La administración con *puissance publique* y posibilidad de decisión ejecutoria se convierte en una poderosa fuente de ejercicio público, que debe ser controlada sin falta por los jueces de lo contencioso administrativo cuando se generen conflictos, esto como forma natural de sometimiento de la administración al derecho y al respeto de los derechos de los administrado. La prerrogativa de la acción oficiosa emanada de la decisión ejecutoria es, dentro de las elaboraciones de HAURIUO, la clave de todo el proceso de formación de la decisión o voluntad de la administración en ejercicio de potestades o prerrogativas, al igual que de todas las operaciones consecuentes que se requieran para imponerse jurídicamente frente a los asociados. La decisión ejecutoria es, en nuestra opinión, el poder público en acción, dotado de capacidad unilateral para hacerse eficaz, una vez materializado en una decisión. De aquí que HAURIUO la hubiera colocado en la base de toda su construcción al mismo nivel del concepto de *puissance publique*. Se trata de la combinación óptima entre legalidad o validez y eficacia en las actuaciones administrativas. Engloba tanto el principio de la sujeción de la administración pública al derecho, en cuanto procedimiento de formación de la decisión (principio de legalidad), como su aplicación oficiosa y unilateral para hacerla eficaz en el mundo del derecho. Desde este punto de vista, la decisión ejecutoria no es un simple problema formal en la teoría de la *puissance publique*. Todo lo contrario: es su sustantividad típica, personalizada en el mismo derecho que le concede poderes a la administración; es su concreción y efectividad. De otra manera sería asimilar la decisión ejecutoria a una especie de fuente de arbitrariedad, aspecto rechazado por HAURIUO al indicar que la sujeción de la administración al derecho hace que la decisión adoptada antes de su ejecución pueda ser objeto de controversia directa por parte de los afectados con ella. El carácter disciplinario u obligatorio de la decisión ejecutoria no impide que por precaución, previsión e incluso por legalidad pueda ser revisada en vía administrativa (“control preventivo de la decisión”), o por el juez contencioso administrativo *a posteriori*.

perspectiva dinámica, el desarrollo de la función administrativa por medio de la gestión administrativa indispensable para el cumplimiento de los intereses públicos. Estos dos elementos consolidan el gran bloque de pensamiento de Hauriou sobre lo que debe ser la administración pública, y que le permite entender el derecho administrativo como el derecho de la exorbitancia o de las prerrogativas de la administración y de las decisiones emanadas en su ejercicio³³⁴.

El primer elemento se nutre del principio de la separación de poderes y de la noción de poder público. Separación de poderes que permite identificar el poder ejecutivo en el que Hauriou radica la administración como organización con poder público, siendo precisamente ésta la depositaria de todas la prerrogativas que el ordenamiento jurídico le concede para desarrollar el interés general. La prerrogativa o exorbitancia del poder público implica la existencia de poderes especiales que apartan a la administración de un régimen de derecho privado y la colocan en una situación jurídica privilegiada frente a los asociados con el fin de hacer posibles sus cometidos³³⁵.

El segundo elemento, complementario del anterior, destaca el carácter de medio que adquiere el poder público depositado en la administración para el cumplimiento de los fines estatales. En este sentido, el motor de la administración lo constituyen las ideas finales orientadoras del Estado, las que está llamado a impulsar mediante sus poderes y prerrogativas. Esta idea proviene de un elemento solidarista que se mantiene en la teoría de Hauriou, y que no es otro que el del servicio público. Este objetivo se satisface por medio de la gestión administrativa, esto es, de la actividad de la administración pública organizada como una empresa pública que gestiona y actúa para este fin³³⁶.

³³⁴ HAURIOU. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., p. 141.

³³⁵ Ídem. Le es inherente al ejercicio del régimen administrativo “[...] un gasto considerable de poder [...]”. El carácter ejecutorio de las decisiones de la administración que se funda en el reconocimiento precisamente del ejercicio de poder directo y principal para la imposición de las decisiones de la administración, excepciona la posibilidad de que el aparato administrativo deba soportarse en el poder judicial para imponerse de manera efectiva y oportuna.

³³⁶ HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. HAURIOU no niega las finalidades del

1.5.3. Hauriou y los servicios públicos

Ahora bien, en relación con otro de los temas neurálgicos de la teoría de los servicios públicos, como lo fue el de su régimen jurídico, Hauriou retoma, como punto de partida para sus elaboraciones, la clásica diferencia entre gestión pública y gestión privada que dio lugar en el siglo XIX a la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión³³⁷, con el fin de significar dos aspectos

Estado, ni mucho menos al servicio público, simplemente los ubica en planos diferentes, dándole prelación y supremacía al medio sobre el fin. Al poder sobre el servicio. Es más: deduce que este planteamiento incluso estaba latente en las confusas sustentaciones de los trabajos de DUGUIT y JÉZE, en torno al servicio público como razón finalística explicativa de lo divino y de lo humano. Al respecto destaca que, "[...] Aún manteniendo a las prerrogativas públicas en el primer lugar en el derecho administrativo, debe reconocerse que el servicio público, aun en el segundo lugar, desempeña un papel importante. Es la idea de servicio público la que entraña la autolimitación objetiva de las prerrogativas públicas [...]". En la realidad de las cosas, la falsa idea que se vendió de la teoría de HAURIOU en el sentido de ser el gran teórico que funda su obra en la negación del concepto de servicio público no es cierta. Sus escritos muestran lo contrario. En este sentido puede consultarse a BASSOLS COMA. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales", cit., quien recogiendo los trabajos de RIVERO SFEZ reclama la necesidad de revisar la doctrina del derecho administrativo en este aspecto.

³³⁷ La teoría de los actos de gestión pública y privada se remonta al orden jurídico pre-revolucionario. Su principal antecedente se ubica en la teoría del fisco, que constituyó uno de los principales instrumentos para someter parte de la actividad pública al derecho y al control judicial (derecho privado inicialmente). GIANNINI (*Premisas*, cit., pp. 35 y 36) se refiere al "derecho del fisco", o *ius fisci*, como un derecho privado que regulaba las relaciones entre el fisco y otros sujetos, siendo el fisco el Estado –o la Corona– en su aspecto patrimonial. El fisco, al cual se le reconocía personería jurídica, actuaba mediante actos de disposición y administración de los inmuebles del Estado y realizaba los gastos necesarios para el desarrollo de sus actividades. Siendo persona jurídica podía hacerse parte judicialmente como demandante o demandado ante los jueces ordinarios y con sujeción a los procedimientos y normas sustanciales privados o civiles. Lo anterior por un elemental motivo: se presumía en estos casos que el Estado actuaba de manera similar a los particulares. De esta concepción emana la tesis de la doble personalidad jurídica del Estado: una, la del fisco, que respondía y correspondía fundamentalmente a los aspectos patrimoniales del mismo, y la otra, la del Estado como poder público depositario del mando y de la fuerza, ejecutor de actos de poder. La primera sujeta al derecho privado; y la segunda, al público. MEYER (*Derecho administrativo alemán*, cit., pp. 58 a 66) ubica el problema del surgimiento de la teoría del fisco en la necesidad de someter a las autoridades al derecho ante la carencia de un verdadero derecho público. En los siglos XVII y XVIII, especialmente en dominios del llamado Estado en régimen de policía, el derecho ordinario había adquirido desarrollo e importancia, en particular el derecho civil. La dinámica de las relaciones hizo que a los fenómenos de acción estatal de carácter patrimonial que se semejaban a los de los sujetos del derecho civil se les aplicara este ordenamiento, y en caso de conflicto se acudiera ante los mismos jueces de los particulares para resolverlos. Como lo indica este autor, por fuera del derecho civil no existía otro derecho al cual someter la actividad patrimonial del Estado. Sin embargo, algunos antecedentes importantes se sucedieron en el devenir histórico europeo respecto de la teoría del fisco: antes de la teoría del fisco, especialmente en "el derecho antiguo, las demandas que los súbditos pudieran dirigir contra su príncipe debían ser previamente presentadas ante los *austrage* y luego ante los tribunales del imperio. Pero había llegado a ser costumbre efectuar una distinción según que el príncipe fuera citado como príncipe o como *privatus*. En el primer caso

importantes de la teoría de la administración y del derecho administrativo:

El primero, que la actividad pública administrativa, como medio para satisfacer los intereses generales y atender los servicios públicos en el Estado moderno, puede sujetarse o no al derecho público. Es decir, a un poder público, con un régimen jurídico especial. En este sentido la teoría de Hauriou no solo ratifica el contexto histórico de los actos de gestión y de poder, sino que se anticipa a lo que sería el quiebre de las elaboraciones teóricas de la escuela de los servicios públicos. Esto es, contemporáneamente a las exposiciones de Duguit, Hauriou lo advertía con una de sus principales debilidades teóricas, en cuanto a que una actividad de servicio público no necesariamente corresponde a un régimen de derecho público³³⁸.

El segundo, de carácter universal, indicaba que no en todos los modelos jurídicos con que se caracterizan los Estados modernos la atención de las necesidades generales y de los servicios públicos implica la existencia de un poder público y de un poder especial. El modelo anglosajón se caracteriza porque las funciones administrativas se cumplen conforme a la legalidad del derecho común (por lo menos ese es su postulado general) y sometidas en caso de conflicto al conocimiento del poder judicial ordinario. El modelo continental de la influencia francesa (que pretende generalizar la teoría del servicio público) se ha estructurado sobre la base especialísima de un régimen administrativo, en donde por lo general existe una atribución importante de funciones en un órgano del Estado, con un poder jurídico especial y un régimen de derecho público, conocido como administrativo y portador de importantes prerrogativas que lo ponen, para el ejercicio de sus atribuciones, en situación

era aquel en que se trataban sus derechos de supremacía; en el segundo, aquel en que se cuestionaba una simple relación de negocios privados". Este antecedente del fisco, sin embargo, trae de por medio el carácter de la responsabilidad privada del soberano, asunto que la teoría del fisco supera. Con el fisco se rompe la responsabilidad personal que pudiera admitir el príncipe y se inicia la consolidación de la responsabilidad institucional de una persona jurídica que actúa patrimonialmente para el Estado. "La idea de fisco ha tenido su origen en el derecho romano. El fisco se presentaba allí como una persona jurídica al lado del Emperador; persona jurídica a la que pertenecían los bienes que servían para cumplir el fin del Estado". De esta situación se desprendía, como lo indicamos, que una parte de la actuación estatal quedaba sujeta al derecho y la otra, al poder público propiamente dicho.

³³⁸ HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio "La puissance publique et le service public".

de superioridad frente a los asociados. Dentro de este contexto concluye que existe administración pública y derecho administrativo cuando se han atribuido funciones al poder ejecutivo para atender el interés general y los servicios públicos, dotadas de especiales poderes y prerrogativas a las que denomina *puissance publique*³³⁹.

Obsérvese entonces como frente a León Duguit, Hauriou estaba hablando de otra cosa muy diferente en torno a los conceptos expuestos. El pensamiento de Hauriou significó la negación de los fundamentos teóricos finalísticos de la Escuela de Burdeos. Mientras que para DUGUIT la administración pública era un fenómeno de servicios, para HAURIOU, edificador del criterio *puissance publique*, lo era de poder público. La concepción sociológica y solidarista de DUGUIT justificaba el Estado y el derecho público sobre la base del concepto de servicios públicos; la tesis de su contemporáneo HAURIOU lo hacía sobre la base del poder público. Mientras la primera vinculaba el servicio público a las finalidades propias del Estado (comunidad organizada); la segunda enfatizaba que lo importante y trascendental para la administración y su derecho no era tanto el fin mismo, sino los medios utilizados para alcanzarlo (medios portadores de la *puissance publique*, que en últimas determinaban, por lo menos en derecho francés, el régimen jurídico y la jurisdicción aplicable). De aquí la gran pugna histórica en el derecho administrativo francés que se vivió igualmente en todos los países de su influencia³⁴⁰.

Sobre la anterior base conceptual al referirse a los vínculos de la articulación inevitable, que entre derecho administrativo y servicio público que defendía la escuela de los servicios públicos, Hauriou no desconoce la existencia, valor y significado de dicho vinculo en la conformación del derecho administrativo, pero al mismo le otorga un orden y prelación diferente a la defendida por

³³⁹ HAURIOU. *Obra escogida*, Madrid, IEA, 1976, pp. 51 y 100. Consúltese igualmente la 12.ª edición de *Precis de droit Administratif et de droit Public*, París, 1933.

³⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA. "Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo", cit., p. 478. GARCÍA DE ENTERRÍA resume a los dos pensadores, calificando al primero de ideólogo de la teoría realista del derecho y del objetivismo jurídico, que transformó al derecho público contemporáneo, "desalojando el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público"; y al segundo como "el representante del institucionalismo jurídico y del individualismo desfalleciente, que hacía primar lo subjetivo por relación a lo objetivo".

Duguit. Difiere el planteamiento básicamente en cuanto a su ubicación material dentro del contexto de la teoría del Estado y sobre todo de la administración. El servicio es la potencialidad a cargo de la administración, el poder el medio principal para el cumplimiento de este propósito ineludible. He aquí la razón de que, al referirse a los servicios públicos, Hauriou los entendiera como una obra para ser realizada por la administración pública a través del medio conocido como poder público. En este sentido deja clara su posición de que lo predominante no es el fin en sí mismo, sino el medio de que se vale el Estado para lograr sus cometidos. Lo trascendental es el poder público y su intensidad jurídica con poderes especiales, que le permiten imponerse para el logro y la satisfacción del interés general. Luego el derecho administrativo se explica a partir del fenómeno del ejercicio del poder y no de manera exclusiva del de servicio público³⁴¹.

Ahora bien, el ataque de Hauriou a los trabajos de Duguit y de Jéze en relación con el papel y ubicación del concepto de servicio público en la construcción de un criterio sustancial del derecho administrativo no se agotaron en los anteriores planteamientos generales, el ataque frontal contra dicha estructura la plantea Hauriou retomando las bases justificadoras del concepto mismo de servicio público que la escuela de Burdeos hace recaer radicaría en dos ideas: el procedimiento de Derecho público y la posibilidad constante de modificaciones del servicio público. Hauriou propone examinar estas ideas, de por sí frágiles, bajo los siguientes parámetros:

³⁴¹ HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio "La puissance publique et le service public" (p. VII y XII). Para HAURIOU, tanto el concepto de servicio público como el de poder público constituyen dos baluartes fundamentales del derecho administrativo pero con papeles estelares diversos el uno del otro, eso sí, claramente complementarios. El derecho administrativo bajo estas elaboraciones no es sólo servicio público sino también, y de manera primordial, ejercicio de poder. Al respecto indica en su obra que "[...] Se trata de dos nociones maestras del régimen administrativo francés. El servicio público es la obra a ser realizada por la administración pública, el poder público es el medio de realización [...]". En definitiva, en el debate de cuál de estos conceptos superpuestos domina el ámbito del derecho administrativo, el profesor HAURIOU se inclina por el del poder público en la medida en que sobre el mismo los padres del derecho administrativo lo han fundado y sustentado. DUGUIT y sus seguidores lo entendían al contrario: el servicio público era el centro y razón de ser del derecho público y todas sus teorías. Para HAURIOU, "[...] la idea de poder público en el derecho administrativo ocupa un rol de primer plano. Es un hecho reconocido que el servicio público ocupa un segundo plano, no obstante que cumple un rol importante: entraña autolimitación objetiva al poder público [...]".

En relación con la idea de servicio público entronizado por Duguit y Jéze y sus profundas debilidades conceptuales: Según Hauriou, el concepto mismo de servicio público expuesta por Duguit³⁴² evoca de por sí la idea de poder y de la intervención efectiva de este para su debida consolidación. Obsérvese, que de conformidad con el concepto mencionado, el servicio es toda actividad cuyo cumplimiento exige la intervención de la fuerza gobernante, lo que lleva a Hauriou a deducir razonablemente, que el servicio es entonces, toda actividad que no puede ser realizada completamente si no es como efecto de la intervención del poder, realidad ésta innegable que coloca en consecuencia al poder en un papel de medio trascendente en relación con el mismo servicio público, en cuanto esté tan solo subsiste como consecuencia del ejercicio del poder. Bajo estas consideraciones, para Hauriou, las prerrogativas públicas se ubican en las bases mismas de toda la gran construcción de Duguit, quien las acepta, al incorporar en la misma definición de servicio público, el concepto de fuerza³⁴³.

En relación con los soportes doctrinales de Duguit y Jéze en cuanto a la aplicación de procedimientos derecho público a los servicios públicos: Los sustentos de la teoría de los servicios públicos expuestos por Duguit y Jéze llevan implícitos el concepto de “prerrogativas públicas”. De por sí, la idea de que el servicio público conlleva el desarrollo de procedimientos de derecho

³⁴² Para DUGUIT, el servicio público se retomaba en las siguientes palabras: “[...] el servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque esta actividad es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino con la intervención de la fuerza gobernante [...]”.

³⁴³ HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. La idea expuesta por HAURIOU es una mera reflexión en relación con el alcance objetivo de un concepto reiterado que incorpora el elemento fuerza para el cumplimiento de las finalidades del servicio público. Ante esta realidad, HAURIOU expone lo siguiente: “[...] Si los Sres. Jéze y Duguit hablan tan tranquilamente de ‘poder’ o de la ‘fuerza gobernante’ es que, para ellos, que son realistas, el poder es sólo una fuerza, la fuerza más grande. ¡Los hechos y nada más que los hechos! ¡Sin misticismos! El poder que interviene para la operación del servicio público o para la modificación de la organización de éste es, entonces, por él mismo, fuerza pura [...]”. Consúltese sobre la carga de fondo que significó esta respuesta de HAURIOU a la teoría de DUGUIT y JÉZE a BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit. Al respecto destaca este autor cómo HAURIOU pone el dedo en la llaga al indicar en el prefacio citado que la escuela de los servicios públicos, aun cuando niega la idea de poder, acude permanentemente a ella, pensando que los noveles juristas de la época eran una especie de descerebrados que no entendían el problema y sobre todo el alcance de la referencia permanente a la expresión “fuerza de los gobernantes” con que DUGUIT dotaba el concepto de servicio público.

público denota a simple vista, sostiene Hauriou, que la tesis de estos profesores se sustentaba, también, en el concepto de poder, esto en cuanto que no hay nada más significativo en la ejecución del poder que el relativo a los procedimientos mismos, sobre todo si son de derecho público. El procedimiento en sí mismo, no es otra cosa, que una cierta forma de aplicación de las prerrogativas públicas, sobre todo, cuando en las exposiciones de Duguit y Jéze, se le pretende utilizar como mecanismo para imponer el interés general sobre el particular.

Además, las tesis de la escuela de Burdeos, son así mismo débiles, en la medida en que, si se está acudiendo al concepto de procedimiento, de hecho, no solo se estaba abordando un concepto de poder, sino que también, se estaba acudiendo a una de sus características básicas, en las relaciones de éste con las decisiones propias de las autoridades administrativas, y es el del carácter ejecutivo oficioso de las mismas, con mayor razón cuando se trata del cumplimiento de los propósitos mismos de los servicios públicos en los términos y condiciones expuestas en el concepto que sobre esta figura expone Duguit y aborda pacíficamente Jéze, en donde se habla del ejercicio de la fuerza, de la imposición de quienes la detentan, es decir, de los gobernantes, para la organización, aseguramiento y prestación continua de los servicios públicos. Esta afirmación conceptual, implica irremediabilmente que el concepto básico sustentador de la concepción de Burdeos, se basaba en el de la decisión ejecutoria ampliamente desarrollada por la doctrina de las prerrogativas públicas³⁴⁴.

En relación con los soportes doctrinales de Duguit y Jéze en cuanto al carácter dinámico de la organización de los servicios públicos: que la organización de los servicios públicas sea dinámica y se pueda en consecuencia modificar de conformidad con las cambiantes condiciones de una sociedad determinada,

³⁴⁴ HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio "La puissance publique et le service public". En esto HAURIOU es absolutamente contundente: "[...] no solo los servicios públicos son asegurados por el ejercicio del poder de las prerrogativas públicas, sino que el ejercicio mismo de estos poderes comporta el uso de un 'procedimiento ejecutivo' que constituye una atribución considerable de las prerrogativas públicas y de la cual el Sr. Jéze omite hablar, aunque ella sea el elemento más sobresaliente del procedimiento de derecho público [...]".

definitivamente, responde Hauriou, no es nada nuevo en el derecho y encuentra sus razones, no en consideraciones objetivas y realistas derivadas del servicio mismo, sino en el viejo dogma de la “inalienabilidad de la soberanía”, esto es, en las tan criticadas, por Duguit y sus seguidores, concepciones de los derecho subjetivo e individualismo jurídico.

Con esto Hauriou, le salía al paso y respondía a estos distinguidos profesores, que definitivamente nada nuevo estaban planteando y sosteniendo en derecho, así fuese con otra etiqueta, la escuela de Burdeos en esta materia, no hacía nada más que retomar antiguas concepciones y principios jurídicos, que reconducían todo el problema al concepto de soberanía, luego, siendo esto así resultaba a todas luces lógico que la modificación de la organización de los servicios no podía definitivamente atarse jurídicamente. Esto es, el ejercicio del poder no podía condicionarse, lo cual reconducía toda la tesis de Duguit, realmente bajo los dominios del discurso del poder de Hauriou. En palabras de Hauriou, toda esa enorme construcción de Burdeos, no era más que retórica, en cuanto en el fondo, con toda la palabrería empeñada por esta escuela, se pretendía negar lo innegable y ostensible, que realmente la teoría del servicio público, no era más que una sencilla manifestación propia de la teoría de las prerrogativas públicas³⁴⁵.

1.5.4. Los contratos y la concesión en la obra de Hauriou

En relación con los contratos de la administración y en especial el de concesión: Hauriou no sistematizó una teoría del contrato administrativo, este tema no configuró parte de sus preocupaciones doctrinales, retomando para el efecto, más que todo, los desarrollos de la jurisprudencia y los criterios de ésta en relación con la figura del contrato administrativo. Efectuó algún énfasis a propósito del contrato de suministro a partir del cual, la doctrina sustrae lo que puede considerarse su pensamiento en materia contractual. En parte retoma Hauriou la idea de que los contratos de la administración están en lo sustancial en el mismo plano que los del derecho privado, aunque matiza estas

³⁴⁵ HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”.

expresiones aceptando de todos modos, en los propios del derecho administrativo la presencia de procesos selectivos especiales sujetos a unos concretos pliegos de condiciones, en lo demás su doctrina no aporta ni resuelve las grandes inquietudes en relación con el contrato que celebraba la administración pública de su tiempo, reiterando, como lo hizo Jéze al analizar su obra en este aspecto, que en últimas la concepción de Hauriou en la materia “[...]tiene una teoría más próxima a la hoy prevalece en la jurisprudencia [...]”³⁴⁶ y tenía que ser de esta manera, si recordamos que Hauriou, fue en esencia, el gran comentarista de la jurisprudencia francesa de su tiempo³⁴⁷.

En relación con la concesión son igualmente escasos los pronunciamientos de Hauriou, podría decirse que tangenciales, en los cuales se da por un hecho su existencia y su perfecta sujeción a la jurisprudencia. Precisamente al refutar las elaboraciones conceptuales de Duguit y Jéze y las que él consideraba, desorganizadas elaboraciones teórica en relación con los límites al poder, reconoce el papel inequívoco que cumple la noción de servicio público en las limitaciones objetivas al poder, indicando, que aun sobre el entendido de que las prerrogativas públicas ocupan un primer lugar en el derecho administrativo, tal como se ha expuesto en los párrafos anteriores, la idea de servicio público de todas maneras entraña la autolimitación objetiva a las prerrogativas públicas, esto es, las prerrogativas son entonces el medio que se adecua a los límites del servicio, para su debido cumplimiento y ejecución³⁴⁸.

³⁴⁶ JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 315. Retomando la preciada obra HAURIUO *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., concluye JÉZE su carácter de monumento inacabado en materia contractual, que deja más inquietudes e interrogantes que soluciones válidas en esta materia tan trascendente para la administración pública. A esta conclusión llega JÉZE después de analizar los siguientes apartes de la obra de HAURIUO: “[...] Los contratos de suministro son aquellos por los cuales las administraciones públicas tratan de obtener, por intermedio de un empresario, objetos muebles, mercancías o materiales y aun servicios (por ejemplo, servicios de transportes marítimos o aun servicios de transporte terrestres por ómnibus), todo ello mediante una operación que se resume en una compraventa, o que, si se concreta en una locación de obra, no tiene por consecuencia la creación de una obra pública [...]. Es preciso que exista contrato especial con pliego de condiciones. Una compra al contado no es un contrato de suministro. Un transporte efectuado por una compañía ferroviaria o de vapores en las mismas condiciones que el público, no es un contrato de suministro [...]”.

³⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA. “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, cit. “[...] ¡Se han contado 344 comentarios de sentencias de Hauriou! [...]”. RIVERO. “Maurice Hauriou y el derecho administrativo”, cit., pp. 105 y ss.

³⁴⁸ HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. Señala precisamente HAURIUO,

Es en este ámbito donde Hauriou ubica en consecuencia a la concesión reconociéndole su necesaria vinculación con el servicio público, y sujeta por lo tanto, a los límites objetivos materialmente determinados por el servicio público mismo. El límite de la concesión, sea ésta de servicios públicos o de obra “vías públicas”, no puede ser otra que lo que este demarcado por el interés del servicio público. En este sentido, se podría concluir que la concesión, bajo las ideas de la escuela de la “*puissance publique*”, es un instrumento adecuado para el ejercicio del poder público, mediante terceros, obviamente habilitados para estos propósitos, y tendiente a cumplir los intereses del servicio público correspondiente. Idea central ésta, que aunada a las tesis jurisprudenciales dominantes en la época y respetadas profundamente por Hauriou, conllevaba irremediablemente para la configuración de su objeto la explotación de un servicio público o el funcionamiento del mismo³⁴⁹.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las actividades previas a la selección del contratista en lo que podría considerarse un desarrollo planificador del contrato, no es mucho lo que se incluye en los trabajos de Hauriou, en razón a que de por sí, no elaboró una teoría de la contratación administrativa, sin embargo de sus escasas referencias a esta específica temática, encontramos una que nos llama profundamente la atención, y es la de que, en relación con los negocios públicos determina claramente que, “[...]Es preciso que exista contrato especial con pliego de condiciones [...]”, esto es, un principio de orden previo en la definición del interés que demarca el servicio que se pretende

refiriéndose a la ubicación conceptual de la concesión dentro del contexto del servicio público y con fundamento en los límites materiales y objetivos, que el mismo le impone al poder lo siguiente: “[...] El Sr. Jéze sabe, tan bien como yo, que los funcionarios y los concesionarios de servicios públicos, y aun los concesionarios de vías públicas, a pesar de la precariedad inherente de sus situaciones, son cada vez más protegidos por las directivas de la jurisprudencia del Consejo de Estado contra las medidas que les causarían agravio y que no estarían dentro del interés del servicio [...]”.

³⁴⁹ Esta idea ya había sido retomada por el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos. Precisamente en las conclusiones al dictamen del 30 de marzo de 1916, *Arrêt Société du Gaz de Bordeaux*, se exponía lo siguiente: “[...] se trata del contrato que encarga a un particular o a una sociedad ejecutar una obra pública o asegurar un servicio público, a su costa, con o sin subvención, con o sin garantía de interés, y por o que se remunera confiándole la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio público con el derecho de percibir tasas de los usuarios de la obra o de quienes se benefician con el servicio público [...]”. Citada por JÉZE. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 362.

concesionar o en general simplemente ser objeto de cumplimiento a través la figura contractual.

Documento que entre otras cosas, guardaba especial atención de la doctrina y la jurisprudencia de la época, en cuanto dado su carácter de acto condición, poseía una doble naturaleza: la simplemente contractual derivada de las reglas propiamente del negocio, que ya se ha explicado ampliamente a propósito de los trabajos de Jéze; y la propiamente de derecho público, materializada en un componente regulador del servicio público concesionado, el que determinaba las reglas propiamente de derecho público aplicables al mismo, y que la doctrina venía dándole el carácter de dinámico y cambiante de acuerdo con las circunstancias sociales que impactaran en la prestación del servicio público.

Hauriou lo aceptaba y entendía este segundo elemento de los pliegos como necesario, pero no bajo las explicaciones de la escuela de Burdeos, que lo hacía derivar en el fin último del servicio público, sino por el contrario, con fundamento en el viejo dogma de la inalienabilidad de la soberanía, esto es palabras más, palabras menos, que para Hauriou era vital el concepto de pliegos y el de su carácter dinámico en relación con el componente de derecho público que en ellos se depositaba, el cual correspondía necesariamente, a un proceso estructurador del negocio que debería darse al interior de la administración para viabilizar cada una de las concesiones públicas.

Hauriou, igualmente, de manera silenciosa, al igual que toda la doctrina analizada, incorporó, sin así nominarlo o simplemente proponérselo, un claro principio de planeación previo en las concesiones públicas, que hacía que el medio, el poder a ser utilizado para el cumplimiento del servicio, no fuese utilizado de manera improvisada, sino, por el contrario, sobre bases objetivas y reales, lo cual guarda relación con el reconocimiento de un límite objetivo en el contexto mismo del servicio público en relación con el ejercicio del poder³⁵⁰.

³⁵⁰ HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit. Consúltese en especial su prefacio "La puissance publique et le service public".

2. EL NAUFRAGIO DE LA GRAN NOCIÓN. ¿UN TITANIC EN EL CORAZÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?

Esta enorme nave sobre la que se embarcó la teórica de los servicios públicos, que sin lugar a dudas apasionó a los conocedores de la disciplina, y que dominó el espectro jurídico de la administración hasta la segunda posguerra mundial, mediados el siglo XX³⁵¹, no logró, sin embargo, llegar a puerto seguro y consolidarse realmente como la gran tesis sustancial del derecho público y en especial del derecho administrativo conforme los parámetros doctrinales que inicialmente la sustentaron. La noción en otrora pomposa y ruidosa, ha padecido desde entonces a los pies de las que consideraba sus más sólidas predicaciones, varios y sustanciales embates políticos e ideológicos que han impactado en su conceptualización jurídica³⁵², es más, se puede sostener, sin lugar a mayores equívocos, que esta doctrina surgió asediada por la crisis y ha convivido con ella de manera permanente³⁵³.

³⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA. "Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo", cit. La Segunda Guerra Mundial puede ser considerada como un límite histórico en la evolución de las instituciones fundadas sobre la concepción de servicio público y todo lo que doctrinalmente giró en torno de este concepto, no solo en Francia sino también en todo el ámbito de influencia de su derecho administrativo. Expone el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA cómo la guerra ha puesto fin a la más grande de las etapas del derecho administrativo francés, la encabezada por DUGUIT y HAURIUO, y abierto a su vez las puertas a una nueva generación de estudiosos de esta disciplina entre los que se destacan DE LAUBADÈRE, RIVERO y VEDEL. Ahora bien: en relación con las circunstancias y obras que demarcaron el inicio de una nueva etapa postescuela de los servicios públicos, señala el profesor las siguientes: "[...] La guerra y la post-guerra, con sus enormes transformaciones, rompen esos dogmas enseguida, sin embargo. En 1952 simultáneamente Rivero en su básico artículo publicado en los «Archivos de Philosophie del Droit», *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*, y De Laubadère en su trabajo paralelo *Reflexions sur la crise du Droit administratif française*, se aperciben lúcidamente por vez primera de que el régimen de las empresas públicas ha demostrado no sólo el declinar de la noción básica del concepto central del servicio público y de sus supuestas reglas originales, sino que «ha hecho nacer la duda sobre su valor original. [...] falsa idea clara, no ha podido resistir a la crítica que las circunstancias han suscitado». Esta brecha será ensanchada definitivamente, hasta llegar al hundimiento inapelable de los grandes dogmas duguitianos, inmediatamente. En 1953 se publican, por una parte, el Curso de Doctorado de Einsenmann: *L'autonomie du Droit administratif* (edición policopiada de «Les Cours de Droit») y, por otra, la tesis de J. L. De Corail (realizada en Toulouse, bajo la dirección de otro continuador de Hauriou, Paul Couzinet) *La crise de la notions de service public en Droit administratif français* (edición LGDJ). La situación de naufragio, de desamparo es total. ¿Dónde anclar el sistema entero del derecho administrativo al haber desaparecido el cimiento que hasta entonces, aparentemente, le había sostenido? [...]".

³⁵² CASSESE. "La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito", cit., p. 53.

³⁵³ TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en RAP, n.º 150. 1999. La doctrina del servicio público ha sido desde siempre un terreno pantanoso en donde cada autor intenta ofrecer su versión de un tema que no se deja identificar plenamente, versiones que por esta misma razón resultan en muchos casos ser esencialmente

2.1. Los primeros pasos hacia la ruptura

Un primer desvanecimiento histórico producto de estas tensiones, redujeron el concepto de servicio público a una posición jurídica y política de proporciones absolutamente diferentes a las imaginadas por sus cultores, situación a la que se llega a partir de la combinación de varios factores y circunstancias que acumuladas, o por lo menos analizadas en contexto por la doctrina, han llevado a sostener el naufragio de la otrora gran noción del derecho administrativo, o si se quiere, la incursión de la misma por senderos de crisis inevitables con evidente ruptura de sus bases fundantes, esto es, con desfiguración evidente entre otros, del concepto institucional de establecimiento público, como el instrumento por excelencia orgánica y funcionalmente más adecuado para la gestión de los servicios públicos conforme a la idea esencialmente centralista del modelo ³⁵⁴. Entre las circunstancias que se destacan como determinantes de esta primera crisis del concepto tenemos las siguientes:

En primer lugar, la ruptura de la fórmula según la cual a toda prestación de servicio público se acompañaba irremediamente procedimientos y reglas

vagas. “[...] Releer ahora la literatura de la época es como chapotear en un terreno pantanoso en el que, además, la neblina no permite distinguir los contornos de la figura [...]”.

³⁵⁴ WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 69 y ss. Si bien es cierto que el concepto de establecimiento público significaba para el derecho administrativo un sendero de gestión del servicio público, en manos de la autoridad administrativa, para el caso, se le atribuía a una persona moral distinta de la misma administración, obviamente persona moral de derecho público y no a un particular, como ocurría en el caso de la concesión. De todas maneras, señala WEIL al analizar la figura, “[...] el establecimiento público se concebía como estrechamente ligado a la administración de la que se distinguía más por la ficción jurídica que por sus consecuencias jurídicas y sociológicas [...]”. En este sentido destaca WEIL el carácter esencialmente centralista del modelo de gestión de los servicios públicos, que no obstante los instrumentos como los de establecimiento público y concesiones siempre mantuvo el control directo de los mismos. “[...] En síntesis se puede afirmar que a pesar de formas jurídicas aparentemente diversas, la acción administrativa emanaba de hecho directamente de los órganos administrativos propiamente dichos, es decir, de los órganos gubernamentales, del departamento y del municipio [...]”. La tendencia que se observa en la historia de estos organismos es la de su acentuación autonomista, ser cada vez más realmente para lo que fueron creados, esto es, personas morales realmente autónomas desligándose realmente del aparato central de la administración, en lo que denomina con certeza el autor un deslizamiento de la figura de dentro hacia afuera, tendencia inevitablemente centrífuga atribuida a múltiples causas, entre ellas la de hacer mucho más ágil la gestión del servicio público, sin tantas trabas administrativas, tanto las internas como las propias de la prestación misma, que entorpecían, bajo los esquemas ordinarios administrativos, la prestación oportuna y continua de los servicios públicos.

necesariamente de naturaleza pública, marginando por regla general al derecho privado y al control de la justicia ordinaria cualquier asunto relativo al servicio³⁵⁵. Este fenómeno de ruptura, al que algunos sectores doctrinales identifican como de simple expansión o especialización de los servicios³⁵⁶, se deriva de un doble rumbo de la actividad administrativa y jurisprudencial: el primero derivado del acrecimiento del Estado interventor de la posguerra haciendo presencia en la economía mediante técnicas antes reservadas a los particulares, con aplicación de normas y reglas propias del derecho privado, consolidándose la temática relativa a los servicios públicos industriales y comerciales³⁵⁷; el segundo originado en la tendencia jurisprudencial de considerar determinadas actividades de la administración como sujetas al derecho privado cuando sustancialmente no se diferenciaban de las propias de los particulares, en lo que la doctrina ha denominado como el surgimiento de los servicios públicos sociales.

El proceso de crecimiento del aparato estatal mediante la gestión de asunto de importancia e interés para el mismo, mediante el fenómeno de la intervención pública, lleva a la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales del Estado sujetos por regla general al derecho privado y al control jurisdiccional de la justicia ordinaria, en clara contravía a la dogmática de Duguit y de sus seguidores en general³⁵⁸.

³⁵⁵ WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 100 y ss.

³⁵⁶ CHEVALLIER. *Le service public*, cit., pp. 80 y ss.

³⁵⁷ WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 77 y ss.

³⁵⁸ Véase al respecto el análisis de BASSOLS COMA. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales", cit. La doctrina tradicional registra el nacimiento de estos servicios en el fallo del tribunal de conflictos del 22 de enero de 1921, conocido como *Arrêt Bac d'Eloka* (Cote-d'Ivoire vs. Société Commerciale de l'Ouest Africain). En este caso se trataba de determinar la competencia para conocer del conflicto suscitado entre un ente estatal, la Sociedad Comercial del Oeste Africano, cuyo objeto era el transporte organizado en la colonia de Costa de Marfil, y el propietario de una mercancía que, encomendada a dicha empresa, se había extraviado. En la resolución el tribunal de conflictos, cuando acude al criterio de la actividad comercial de transporte del ente estatal, resuelve otorgarle el conocimiento del litigio a la justicia ordinaria y sugiere la aplicación de las reglas del derecho privado. Indica precisamente el fallo que "La colonia de Costa de Marfil, en razón de su considerable presupuesto, ha establecido un sistema de transporte que explota para el interés general pero de manera similar a la actividad de los particulares y en las mismas condiciones jurídicas que entre ellos [...] La colonia [...] explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial ordinario". En la realidad de las cosas, sostiene este autor, el surgimiento de los denominados servicios industriales y comerciales a cargo de la administración pero bajo la normativa y de principios propia del derecho de los particulares, más que una crisis de la noción radical del servicio público, llevaba de por sí un profundo

En relación con los servicios públicos sociales el asunto resulta aun mucho más traumático para la doctrina, dadas las características altamente subjetivas de la tesis que dejó el elemento formal de la doctrina del servicio prácticamente desestabilizada y sujeta estrictamente al criterio de los jueces³⁵⁹, no obstante de que fue prontamente recogida por la jurisprudencia francesa³⁶⁰.

Bajo las anteriores hipótesis se rompe una de las reglas vertebrales de la teoría en relación con el régimen de derecho público aplicable a los servicios públicos a cargo de la administración, en lo que la doctrina identifica como la ruptura del elemento formal de la teoría clásica del servicio público. Ahora bien, resulta innegable a la luz de la evolución de las instituciones, que esta circunstancia se venía fraguando desde años antes, sobre todo, a partir de diferentes posiciones jurisprudenciales que fueron tomando forma de tesis dominante y

contenido de “contrafigura” a las elaboraciones de DUGUIT, que JÉZE se negaba a aceptar y pasaba por alto su significación. La “contrafigura” buscaba ante todo un fin jurisprudencial específico: evitar “[...] la progresiva extensión de la administración pública hacia los servicios de naturaleza económica, pues se consideraban en la mentalidad de la época como constitutivamente privativos de la iniciativa privada y se calificaba como anormal sustracción a la empresa privada cuando la administración gestionaba servicios de esta naturaleza [...]”. Obsérvese que se trataba de una reacción de significativo contenido ideológico a las elaboraciones sociales de DUGUIT que precisamente se fundaban en criterios de solidaridad social. El marco determinado en esta providencia revivía por las consideraciones ideológicas indicadas la vieja concepción de los actos de autoridad o poder y los de gestión para asignar el conocimiento de ciertas actividades propias del servicio público a la justicia ordinaria bajo criterios del derecho privado. En fin, se le puede catalogar como un fallo político. Sin embargo, lo que resulta más paradójico de la cuestión es que después de la Segunda Guerra Mundial, al rehacerse el derecho administrativo francés sobre la base de la desaparición de la escuela de los servicios públicos, la noción de los servicios industriales y comerciales es vista en otra perspectiva absolutamente diferente; es más, con una camisa ideológica diferente: la del intervencionismo estatal en la economía ocupando espacios de los particulares sobre pretextos sociales, pero acudiendo a fórmulas propias de los particulares.

³⁵⁹ SENDÍN GARCÍA. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, cit., pp. 61 y ss. Este tipo de servicios surge a partir del *Arrêt Naliato* del 22 de enero de 1955 proferido por el tribunal de conflictos en el cual se sostuvo que en virtud de la similitud de actividades de una entidad pública que sustancialmente hacía lo mismo que un particular, el asunto de regía por el derecho privado y resultaba de competencia de la justicia ordinaria. El caso surge a propósito de un asunto de responsabilidad en virtud de los daños causados por un monitor de una colonia de vacaciones pública a un menor sujeto a su cuidado, vigilancia y control vacacional, menor hijo de un funcionario vinculado a un establecimiento público. El tribunal encuentra que no existe ninguna particularidad jurídica que permita diferenciar una colonia de vacaciones pública de una particular.

³⁶⁰ SENDÍN GARCÍA. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, cit., pp. 63 y ss. Con el *Arrêt Salin* del 21 de marzo de 1958 el Consejo de Estado puso fin a los efectos del *Arrêt Naliato*. “[...] En definitiva, el criterio que fija la competencia y el régimen jurídico al que se ha de someter el servicio no es el del carácter social del mismo, sino que esté sujeto a una gestión pública o privada [...]”.

que vinieron a consolidarse prácticamente con los desarrollos jurídicos de la posguerra.

La crisis de la construcción de Duguit resulta así inevitable y se traduce como se observa en la revisión de su principio matriz, consistente en circunscribir al derecho público administrativo toda consideración jurídica sobre los servicios públicos. Esta revisión le abrió las puertas al derecho privado, hasta ahora considerado como regla de excepción en la apreciación de los fenómenos propios del servicio público³⁶¹. El desmonte de los principios exorbitantes, característicos y especiales del derecho público en cuanto derecho de la administración prestataria de los servicios públicos, es asumido en gran parte por la aplicación del derecho privado a la administración pública, con ocasión de los servicios públicos y por la presencia de particulares colaborando en la prestación de los servicios públicos en un proceso de crecimiento incontenible de carácter histórico, que obligó al Estado en algunos casos a colocarse en el mismo nivel jurídico de los particulares, con el fin de abordar tareas típicas de éstos.

El principio según el cual la actividad de los servicios públicos poseía sus propias reglas se rompe en beneficio del derecho común, circunstancia que arrastra el postulado de la jurisdicción competente, sustrayendo muchos asuntos del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa: la actividad de servicios públicos prestada al mismo nivel de los particulares, por la misma naturaleza del derecho sustancial que la gobierna, en caso de

³⁶¹ PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 94 y 98. No obstante construirse bajo los designios de la concepción clásica de los servicios públicos la creencia de la consolidación de un derecho especial y propio para la administración pública sustancialmente diverso del derecho privado, caracterizado por su exorbitancia, se aceptaba de manera excepcional que “[...] marginalmente, en aspectos menores, cuantitativamente reducidos (la gestión del “*domaine privé*”) y por ello despreciables, la administración se ajustaba al derecho común [...]”. lo cual no le restaba importancia y trascendencia a la regla general del derecho administrativo como el propio de la administración. Ahora bien: el quiebre de la noción de servicio público bajo esta caracterización surge históricamente cuando la regla inicia su proceso de inversión, emergiendo la excepción despreciable del derecho privado como absolutamente marginal y tornándose paulatinamente también en un derecho común para la administración con todos los efectos que esto implicaba. “[...] Se trata, pues, de una quiebra inducida no por la subversión de los principios jurídicos mismos articuladores de la teoría, sino por una ruptura de los límites cuantitativos en que había querido encerrar la aplicabilidad a la administración del derecho privado [...]”.

conflicto, el competente resultaba ser el juez ordinario. La revisión en los planteamientos de la escuela de Burdeos lleva a reconocer que no es cierta la existencia de un derecho administrativo y de un juez único para la administración pública, y que el derecho privado y los jueces ordinarios también pueden, dentro de la legalidad existente, aplicar y ser competentes para juzgarlas³⁶².

En segundo lugar, la huida de la función de servicio público a escenarios orgánicamente alejados por completo de la administración pública, en este sentido, se ubica funcionalmente al servicio en manos de entes de por sí regidos por el derecho privado como las cámaras de comercio, colegios profesionales y otros organismos que no hacían parte de la estructura de la administración pública, esto es, de sujeto particulares³⁶³, en lo que ha sido denominado por la doctrina como la ruptura del criterio orgánico clásico de la teoría del servicio público y la consolidación de un criterio mucho más amplio y dinámico del mismo como lo es el funcional, siendo a partir de entonces el servicio público, no un privilegio exclusivo de los órganos administrativos³⁶⁴.

Esta realidad obligó al reconocimiento de que el servicio público no entonces sólo responsabilidad del Estado, sino también de los particulares³⁶⁵, sobre este entendido producto de la incontenible fuerza de las cosas a que se enfrentaba la administración pública, encontramos que las verdades pregonadas se disolvieron con mucha mayor facilidad de lo esperado. El quiebre ha sido

³⁶² PAREJO ALFONSO. Ob. cit., nota 10, p. 98. “[...] Por ello mismo, cuando la realidad forzó paulatinamente a reconocer que tal planteamiento no era correcto, sencillamente porque el derecho privado podía no limitarse a ser un derecho sólo excepcionalmente aplicable a la actividad de la administración, comenzó la quiebra misma del servicio público. Se trata, pues, de una quiebra inducida no por la subversión de los principios jurídicos mismos articuladores de la teoría, sino por una ruptura de los límites cuantitativos en que había querido encerrar la aplicabilidad a la administración del derecho privado [...]”. Puede consultarse asimismo BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit.

³⁶³ WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 102 y ss.

³⁶⁴ BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit.

³⁶⁵ WEIL. *Derecho administrativo*, cit., nota 4, p. 102. En el derecho francés, desde 1920 al concepto de gestión privada de un servicio público por autorización de la administración se añadió el de servicio público con gestión privada, esto es, enteramente sometido al derecho privado.

reconocido doctrinalmente como una ruptura objetiva a favor de un criterio funcional³⁶⁶.

Bajo estos presupuestos, el concepto tradicional y clásico de servicio público, que implicaba la existencia de un interés general vinculado a la acción del aparato estatal y sujeto a un régimen jurídico especial, se derrumbó totalmente. Tanto material como orgánicamente, se reconocen otras realidades como propias del derecho administrativo y además se acepta que la actividad pública no es exclusiva del Estado, que los particulares también pueden ejercitarla y que el régimen jurídico y el juez competente de la administración también lo puede ser el los de los particulares, sin que por este hecho desaparezca la administración, sencillamente se apoya en procedimientos y técnicas propias del derecho privado que se requieran para cumplir con los propósitos del servicio público.

En tercer lugar, la asunción del servicio por empresas constituidas por las reglas del derecho privado, por particulares y sujeto al régimen jurídico propio de estos, pero anormalmente incorporadas al cumplimiento de fines públicos a través de crecientes procesos de nacionalización que se dieron por aquellos años³⁶⁷.

El fracaso de la escuela de Burdeos se atribuye a haber colocado como centro de toda definición de los fenómenos propios del derecho público a los servicios públicos, no obstante haber impulsado el carácter finalístico y teleológico de la actividad pública. En la actualidad, podríamos afirmar que los servicios públicos como tales no son más que actividades que, conforme a la legalidad, le son asignadas a los órganos o sujetos públicos o privados para el cumplimiento de

³⁶⁶ SENDÍN GARCÍA. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, cit., pp. 61 y ss. La gestión de servicios públicos por personas privadas fue otro de los declives jurisprudenciales de la teoría de los servicios públicos. Señala SENDÍN cómo existió una clara línea jurisprudencial en esta materia que se consolidó en el *Arrêt Monpeurt* del 31 de julio de 1942. El asunto involucra las actividades que se consideraron administrativas desarrolladas por el comité de la organización de la industria del vidrio, entidad gremial de carácter privado, cuyos actos fueron objeto de impugnación sobre la base de considerar que ejercían funciones administrativas.

³⁶⁷ PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 94 y 98. Puede consultarse en el mismo sentido SENDÍN GARCÍA. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, cit., pp. 55 y ss.

los fines estatales y no asuntos inherentes a la existencia misma del Estado y de la administración pública. Los servicios públicos, en lo que tienen que ver con la relación entre la legalidad y la sociedad, son modalidades de atribución contenidas en las funciones públicas sujetas al cumplimiento de las finalidades estatales.

Como lo destaca el profesor Rivero, la ecuación entre régimen jurídico del servicio público y derecho administrativo nunca fue de la exactitud propuesta por la escuela de Burdeos, ni siquiera durante el tiempo en que sus planteamientos tuvieron vigencia, en cuanto la misma jurisprudencia francesa la excepcionaba reiteradamente en razón de la naturaleza de los asuntos, como en el caso de los servicios públicos industriales o comerciales, o en los eventos en que el servicio le era encomendado a particulares por la vía de la concesión o de gestión privada del mismo.³⁶⁸

Como consecuencia de lo anterior, se decantó para el derecho administrativo, a partir de su quiebre histórico, la que llegó a considerarse, dentro del marco de la búsqueda incansable por la sustantividad de la disciplina, como las más blindada de sus argumentaciones doctrinales y jurisprudenciales. La noción en consecuencia pasó a un segundo plano, considerándose a partir de este fenómeno histórico, un fin más de los propósitos estatales, desapareciendo como el único elemento articulador, justificador y sustancialmente compactador del derecho administrativo, no obstante su valor histórico e importancia en momentos cruciales de las grandes crisis del sistema capitalista en donde sirvió para definir el papel y fines de la intervención estatal³⁶⁹.

En la actualidad, el concepto, tal como se ha expuesto, si bien se considera, que no tiene otro valor que el académico, en cuanto resulta inobjetable su fracaso como concepto sustancial del derecho administrativo, de todas maneras, algunos de sus elementos básicos, aquellos que le dieron contextura, subsisten en la hora actual, en cuanto traducen un determinado modelo de relaciones político-jurídicas, y resultan, en consecuencia valiosos para

³⁶⁸ JEAN RIVERO. Ob. cit., nota 12, p. 478.

³⁶⁹ VILLAR PALASÍ. "La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo", cit.

cualquier aproximación a las razones profundas del servicio³⁷⁰, y sobre todo para el debido entendimiento de los instrumentos idóneos y adecuados para su prestación, como lo es la figura de la concesión.

2.2. La segunda gran crisis del concepto

El segundo gran desvanecimiento es relativamente reciente y deviene del auge y desarrollo de las teorías neoliberales y su impacto en la dinámica misma del aparato administrativo e incluso en los postulados materiales del concepto de Estado social de derecho, concepciones estas de profunda estirpe economicista e individualista, que centra con ostensibles criterios fundamentalistas, cualquier lectura del orden social y jurídico, en las reglas y principios del mercado, la competencia, la libertad económica y de iniciativa³⁷¹, llegando a postular la muerte del servicio público y surgimiento de actividades libres para ser desarrolladas por los sectores económicamente poderosos, en una especie de actividad prestacional de responsabilidad privada bajo criterios de competencia y eficiencia económica, fundadas sobre la base de la proscripción al Estado intervencionista, acumulador de funciones y responsabilidades, monopolístico y corrupto, al que califican además como ineficiente³⁷².

No obstante lo anterior, en la hora actual de la humanidad subsiste una realidad inobjetable, la presencia en todas las sociedades de necesidades generales, que implican presencia irremediable de la administración, brindando soluciones de manera directa o indirecta a los mismos y en definitiva adoptando posiciones y asumiendo funciones en aras de lograr la satisfacción

³⁷⁰ BASSOLS COMA. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales", cit.

³⁷¹ FERNÁNDEZ. "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", cit. La incertidumbre en relación con el servicio público se prolonga hasta nuestros días cuando se entroniza "[...] en el altar de las ideas políticas un nuevo ídolo, la competencia [...]". En este escenario, "el servicio público es sencillamente un obstáculo a ser superado en aras de la liberalización [...]".

³⁷² MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, tomo I, cit., p. 17.

plenas de las mismas, independientemente del régimen jurídico aplicable para estos efectos³⁷³.

El Estado social de derecho subsiste en esta dirección y se mantiene intacto no obstante las arremetidas de los neo individualistas en relación con estos propósitos y finalidades garantes de la convivencia y el desarrollo humano armónico.

2.3. La suerte de los contratos y de la concesión a propósito de la crisis del concepto

La crisis de la teoría de los servicios públicos arrastró la suerte de sus más preciadas instituciones, entre ellas la contractual, y sobre todo, la prédica fundamental de los mismos en torno de su pretendida sustantividad, rompiéndose el dogma, de que a negocio del estado, igual, derecho público exclusivo y por lo tanto sujeción absoluta a normas, reglas y principios de esta naturaleza. La crisis de esta construcción se produce a partir de la revisión de su principio general, en cuanto circunscribía al derecho público administrativo toda consideración jurídica sobre los servicios públicos. Esta revisión le abrió las puertas al derecho privado, hasta ahora considerado como regla de excepción en la apreciación de los fenómenos propios del servicio público y de la contratación de la administración³⁷⁴.

El postulado de la escuela de los servicios públicos, según el cual, la actividad de servicio, en consecuencia los contratos públicos relativos a los mismos, poseían sus propias reglas se rompe en beneficio del derecho común. La actividad de servicios públicos prestada al mismo nivel de los particulares, por

³⁷³ FERNÁNDEZ. "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", cit.

³⁷⁴ CASSESE. "La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito", cit., p. 54. El desmonte de los principios exorbitantes, característicos y especiales del derecho público en cuanto derecho de la administración prestataria de los servicios públicos, es asumido en gran parte por la aplicación del derecho privado a la administración pública, con ocasión de los servicios públicos y por la presencia de particulares colaborando en la prestación de los servicios públicos en un proceso de crecimiento incontenible de carácter histórico, que obligó al Estado en algunos casos a colocarse en el mismo nivel jurídico de los particulares, con el fin de abordar tareas típicas de éstos, lo cual se reflejó en el régimen jurídico de las concesiones públicas de manera inevitable.

la misma naturaleza del derecho sustancial que la gobierna, hace que se haga inevitable acudir al derecho privado para su debida aplicación, sobre todo en el ámbito contractual. La revisión en los planteamientos de la escuela de Burdeos lleva a reconocer que no es cierta la existencia de un derecho administrativo y de un juez único para la administración pública, y que el derecho privado y los jueces ordinarios también pueden, dentro de la legalidad existente, regir y ser competentes para juzgarlas³⁷⁵, en este sentido, encontramos que las verdades pregonadas se disolvieron con mucha mayor facilidad de lo esperado³⁷⁶.

La figura de la concesión realmente no resultó en lo sustancial afectada con la crisis del servicio público, su subsistencia obedece precisamente a que de todas formas siempre implicó la necesaria interrelación entre fórmulas públicas y privadas para su estructuración, situación que aun bajo los esquemas más fundamentalistas de la teoría clásica del servicio, se reconocieron como vitales para su existencia, como un modelo de gestión adecuado a los propósitos de la administración y sobre todo del interés general.

En esto, el conflicto que terminó introduciendo la doctrina por los senderos de la crisis, muy poco pudo impactar en lo que estaba creado, aceptando la presencia de la iniciativa y el capital privado vinculado a la administración organizando, y gestionando servicios públicos, bajo esquemas de derecho público, pero respetando las relaciones negociales de contenido propiamente subjetivo³⁷⁷.

³⁷⁵ PAREJO ALFONSO. Ob. cit., nota 10, p. 98. “[...] Por ello mismo, cuando la realidad forzó paulatinamente a reconocer que tal planteamiento no era correcto, sencillamente porque el derecho privado podía no limitarse a ser un derecho sólo excepcionalmente aplicable a la actividad de la administración, comenzó la quiebra misma del servicio público. Se trata, pues, de una quiebra inducida no por la subversión de los principios jurídicos mismos articuladores de la teoría, sino por una ruptura de los límites cuantitativos en que había querido encerrar la aplicabilidad a la administración del derecho privado [...]”.

³⁷⁶ JÉZE. Ob. cit., nota 5, pp. 4 a 7. Las autoridades para la prestación del servicio público por regla general acuden a procedimientos de derecho administrativo; sin embargo, si lo requieren pueden acudir a los del derecho privado. “[...] Los agentes públicos para hacer funcionar un servicio público, pueden o deben servirse de los procedimientos del derecho público, pero no siempre están obligados a hacerlo. A veces, si así lo prefieren, tienen la facultad de utilizar los procedimientos del derecho privado. Por ejemplo, para conseguir personal de un servicio público propiamente dicho, existe, junto al contrato de derecho privado (locación de servicios personales), el procedimiento de derecho público (nombramiento o requisición) [...]”.

³⁷⁷ Al respecto puede consultarse la doctrina administrativista francesa de la segunda mitad del siglo XX, que es coincidente en relación con el concepto de concesión y sobre todo con la

Lo anterior tiene una implicación adicional, destacada a propósito de lo explicado en relación con Duguit y Jéze, y es que bajo estas condiciones, el negocio de concesión, se reitera, está sujeto a un claro principio de planeación, en la medida en que por su complejidad y su trasfondo financiero, requiere de un repensar previo de todo lo relativo a las condiciones negociales y a las que corresponden reglamentariamente al servicio que se concede, en esto la doctrina de la posguerra es absolutamente clara y no genera ninguna duda al respecto, cuando sostiene que la doble estructuración de la concesión busca ante todo un convenio general, pero así mismo, unos pliegos absolutamente fuertes, claros y detallados que regulen las condiciones de funcionamiento del servicio público a lo cual no se puede llegar, por simple lógica de las cosas, sino mediante un minucioso trabajo previo³⁷⁸.

doble naturaleza de ésta. Al respecto puede consultarse VEDEL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 708 y ss. Mediante la concesión de servicios públicos se le asigna por la autoridad a una persona natural o jurídica “[...] la misión de gestionar un servicio público [...]”, con sujeción a los controles de la autoridad concedente y a cambio de una remuneración. El contrato así concebido se mantiene intacto en cuanto a su doble estructura de carácter contractual y la de carácter reglamentario del servicio correspondiente. De manera concreta entiende VEDEL, siguiendo la doctrina dominante, que la concesión de servicios públicos es un instrumento de gestión del servicio: “[...] Se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio [...]”. Desde la perspectiva estrictamente jurídica negocial, se reitera que el contrato de concesión que se compone de dos partes: un convenio y un pliego de condiciones. El convenio incorpora los principios esenciales; el pliego de condiciones “[...] es el texto detallado y técnico que regula las condiciones de funcionamiento del servicio público [...]”. En últimas, este componente no es otra cosa que el gran conglomerado de cláusulas rectoras del servicio cuya fuerza deviene no del acuerdo de voluntades sino del poder de la administración para organizar el servicio público correspondiente objeto de la concesión, lo que las hace dinámicas, modificables unilateralmente por la administración, modificaciones vinculantes para el concesionario, naciéndole a este el derecho a obtener las indemnizaciones que sean del caso en razón de las modificaciones impuestas por la administración.

³⁷⁸ VEDEL. *Derecho administrativo*, cit., p. 710.

II. LAS BASES DEL NUEVO SERVICIO PÚBLICO Y DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: ENTRE LAS BONDADES DE LO SOCIAL, LA DEMOCRACIA Y EL INDIVIDUALISMO ECONÓMICO

Dada la ruptura histórica de la noción clásica de servicio público y el surgimiento de nuevas concepciones sustentadoras del Estado y la administración, sumidas en fundamentos ideológicos radicalmente diversos, las elaboraciones doctrinales de León Duguit y Gastón Jéze revolucionarias para su época, generan hoy, profundas y radicales discusiones de cara a su vigencia y validez, no solo en cuanto respecta a su papel como criterio pleno y razonable para dar cuerpo y sustantividad al derecho administrativo, sino también, en relación con la trascendencia y presupuestos conceptuales que deben rodear a la figura de la concesión como instrumento jurídico adecuado e idóneo para la gestión de los servicios públicos.

En este sentido la pretendida formulación de una nueva teoría en relación con el servicio público, en lo que se ha dado en llamar el “[...] *nuevo servicio público* [...]”³⁷⁹, se debate en la hora actual de la humanidad, entre su consideración como fenómeno enraizado dentro los fundamentos sustanciales del Estado social y democrático de derecho³⁸⁰, en consecuencia objeto de su

³⁷⁹ El nuevo servicio público no es el que los teóricos del neoliberalismo vienen predicando como producto de su manto creador y purificador de la vida en sociedad y sobre todo en relación con el papel de la administración de frente a la problemática social. Esta idea, de conformidad con la investigación que nos ocupa, surge de la confrontación histórica, actualmente vivencial, de la búsqueda de la articulación de la libertad económica con las bases sustentadoras del Estado social y democrático de derecho. Entenderlo de manera diferente sería dar por cierto el triunfo del neoindividualismo sobre lo social y en consecuencia la sumisión de las instituciones a la competencia económica y la globalización sin mayores consideraciones en relación con los fundamentos materiales y fundantes del orden constitucional. MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, cit. De este mismo autor, *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*, cit.

³⁸⁰ HERMANN HELLER principalmente, “¿Estado de derecho o dictadura?”, originalmente publicado en *Die Neue Rundschau*, Berlín, Fischer, 1929. Sin embargo, para el presente trabajo hemos utilizado la versión en español publicada en Alianza (Escritos Políticos), Madrid, 1985, pp. 283 a 301; HELLER. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985; PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983. Del mismo autor, *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 177 y ss.; PETER HÄBERLE. *El Estado constitucional*, México, Universidad

accionar finalístico³⁸¹; y por otra parte, en las ideas economicistas del mercado y la competencia, novedosas y radicales concepciones que han permeado nuestra disciplina, retomando los senderos del individualismo clásico para la fundamentación y sustentación del servicio público, su prestación y gestión³⁸².

Como se puede observar, a partir de lo anterior, nos encontramos ante discusiones y posiciones derivadas de visiones diferentes del mundo, la economía, lo jurídico y lo social con efectos directos y profundos en aspectos de la mayor trascendencia, respecto de cualquier aproximación que se pretenda en relación con el servicio público y su principal mecanismo de gestión, como lo es la concesión de servicios públicos.

Situación ésta, que implica admitir un contexto de conflicto y tensiones permanentes en la estructuración jurídica y normativa del servicio público y de la concesión³⁸³; conflicto que reclama la adopción inmediata de unas bases conceptuales, adecuadas, ponderadas y proporcionales para la solución de las pugnas que el debate ideológico conlleva en la materia, esto, en aras de no perder el horizonte de lo social como compromiso estatal, y el interés general

Nacional Autónoma de México (s. f.), pp. 224 a 229; MARTÍN REBOLLO. "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", cit., p. 2496.

³⁸¹ Bajo los parámetros del Estado social y democrático de derecho, el servicio público no es el centro de impulsión o columna vertebral de toda la construcción política y jurídica del Estado y de la administración, sino tan solo un componente importante y trascendente de los fines sociales del mismo. MARTÍN REBOLLO. "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", cit. De este mismo autor, *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*, cit.

³⁸² La concepción economicista obedece a los aportes en la reconstrucción de las bases del individualismo filosófico y su proyección a todas las esferas de la sociedad en lo que se ha dado en llamar como la concepción neoliberal. Son varias las corrientes de esta modalidad del pensamiento que se han destacado por sus aportes: la escuela austriaca y la de Chicago. Dentro de la primera se destacan los trabajos y aportes del profesor FRIEDRICH A. HAYEK (*Camino de servidumbre*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946). Del mismo autor puede consultarse *Los fundamentos de la libertad*, tomos I y II, Barcelona, Biblioteca de Economía-Folio, 1996. Resulta por su trascendencia destacar dentro de esta escuela los trabajos del profesor F. A. LUDWING VON MISES. *Política económica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1993. Ahora bien: dentro de la vertiente estadounidense o de la escuela de Chicago tenemos las obras MILTON FRIEDMAN y ROSE FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Grijalbo, 1981. Desde la perspectiva jurídica, el anterior razonamiento ha sido retomado, entre otras, en las obras de los profesores GASPARD ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, cit., y MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, tomo I, cit.

³⁸³ GARRIDO FALLA. "¿Réquiem por el servicio público?", cit. ELISENDA MALARET I GARCÍA. "Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?", en *Revista de Estudios de la Administración Local*, n.º 291, enero-abril de 2003, pp. 567 a 571.

como razón final de toda la existencia de lo público, que quiérase o no, se mantienen como elementos fundamentales de nuestro sistema constitucional, en armonía con los mandatos, también imperativos, de consolidación del sistema económico constitucional, que reconocen y admiten la libertad económica, la libre empresa, y por lo tanto, al mercado como un actor estelar en nuestra sociedad³⁸⁴.

Entre nosotros el conflicto es estructural y se desprende de las bases mismas de construcción de nuestro sistema constitucional. Una simple aproximación a los artículos 1³⁸⁵, 2³⁸⁶, 123 inciso 2³⁸⁷, 209³⁸⁸, 365³⁸⁹ y 366³⁹⁰ constitucionales

³⁸⁴ GARCÍA. "Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?", cit., pp. 567 a 571. De la misma autora puede consultarse en torno a esta problemática: "Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado de bienestar", en *Diritto Pubblico*, n.º 1, 2002; y "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades de transformación del contexto", en *Revista de Administración Pública*, n.º 145, enero-abril de 1998.

³⁸⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 1.º. "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

³⁸⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 2.º. "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

³⁸⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 123 inc. 2.º. "[...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...]".

³⁸⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 209. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

"Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

³⁸⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 365. "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

"Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá

permiten concluir, sin mayor esfuerzo, que a este nivel normativo, se han consagrado como imperativos vinculados a los principios fundamentales sustentadores del Estado, los derivados de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho, en donde evidentemente prima la prevalencia del interés general en relación con cualquiera otra consideración de interés subjetivo individualista.

Del anterior conjunto normativo y de principios se espera, dado el carácter jurídico vinculante de nuestro texto constitucional, que el accionar de los poderes públicos, se haga, en la dirección inevitable hacia los intereses del colectivo, sobre la base del respeto a la libertad individual y de la empresa, obviamente, condicionando a ésta, en todos los aspectos trascendentes para la vida en comunidad. No debemos olvidar que nos encontramos de acuerdo a la estructuración de nuestra Constitución Política, ante normas que definen los fines esenciales del Estado, con todas las consecuencias que esto implica. La incidencia de lo anterior, es sustancial, sobre todo en materia de servicios públicos, en donde la misma Constitución reitera la relación de estos con las finalidades sociales del Estado, aspectos que no pueden perderse de vista, en manera alguna, en la estructuración y consolidación sustancial del instrumento concesional.

Además de lo anterior, es indispensable reconocer, para efectos de la discusión académica, que igualmente la Constitución, en los artículos 333³⁹¹ y

indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

³⁹⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 366. “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

”Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”

³⁹¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

”La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

”La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El

”Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

”El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

334³⁹², se ocupa, de manera asimismo principal, al definir el régimen económico del Estado, de postular las actividades económicas, la iniciativa privada, la empresa y la competencia bajo los designios de la libertad, pero con responsabilidades frente al bien común, permitiendo en razón de este postulado condicionante, la intervención del Estado sobre la economía en los términos que disponga la ley, e incluso también, pero a título absolutamente excepcional³⁹³, el establecimiento de monopolios para estrictos propósitos rentísticos, no obstante, se determina en la misma constitución como mandato imperativo, el de la extinción de los monopolios públicos, privatizándolos cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

Tanto la intervención en la economía como el establecimiento de monopolios corresponden a decisiones que tan solo se pueden concebir, bajo nuestra estructura constitucional como excepcionales, en la medida en que la regla básica y general se funda en la admisión y reconocimiento de la libertad, tan solo limitada por razones de interés público o generales.

"La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

³⁹² Constitución Política de Colombia. Artículo 334. "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

"El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

³⁹³ Constitución Política de Colombia. Artículo 336. "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

"La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

"La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

"Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

"Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

"La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

"El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

"En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores."

En esta perspectiva, resulta innegable a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, que cualquier acercamiento conceptual en relación con el tratamiento a los servicios públicos y en especial a la figura concesional implica irremediablemente la ponderación de los principios inspiradores del interés público con los derivados de la autonomía privada y la libertad de empresa. Es decir, acercar conceptos que eventualmente se nos muestran como antagónicos, pero que frente a la construcción constitucional deben jugar de manera armónica y coordinada en aras del cumplimiento de las finalidades del Estado.

De manera concreta y conforme con lo expuesto, se advierte entonces un amplio y fuerte nivel de tensiones ideológicas en relación con los fundamentos jurídicos del tradicional instrumento de gestión del servicio público, como lo es la concesión pública, que de por sí, bajo las consideraciones clásicas de la doctrina³⁹⁴, estaba ligado al postulado de la titularidad estatal del servicio bajo designios manifiestos de monopolio público, característica que ahora debe armonizar con los principios de la libertad económica y por lo tanto, con los nuevos instrumentos y postulados que la misma entraña, incluso que ponen en juego su misma existencia como instrumento de gestión, al predicar la liberalización de bienes y servicio, antes públicos y ahora objeto de tratamiento como privados³⁹⁵.

³⁹⁴ Conforme a los tinglados de la escuela clásica del servicio público, el instrumento concesional reinó durante muchos años como la vía adecuada y correcta para la gestión del servicio público, bajo reglas y principios propios de hechura pública, en esencia regulatorios, generando todo un acervo impresionante de construcción doctrinaria y jurisprudencial sobre su caracterización, estructuración y operatividad que colmó miles de páginas en la historia del más puro derecho administrativo. La concepción clásica de los servicios públicos admitía la posibilidad de habilitación a terceros colaboradores para su ejecución –concesión–, sin perder el Estado el dominio y dirección del mismo, esto, en los casos e hipótesis plenamente aceptables por el modelo, en que no se adoptase la prestación directa por entidades u órganos del aparato estatal.

³⁹⁵ Interesante discusión plantea la doctrina en torno al tipo de intereses involucrados realmente en toda concesión de servicios públicos. Al respecto se sostiene que en tratándose de este tipo de negocios, existen evidentes conexiones entre los intereses de la universalidad y los singulares de los individuos. De una obra pública, que evidentemente se sostiene en la base de los intereses colectivos, pueden desprenderse, en una concesión, actuaciones prestacionales de interés individual, por ejemplo, cuando mediante la explotación de la obra construida se perciben de los usuarios, individualmente considerados, las tarifas autorizadas, lo cual no desnaturaliza la razón de ser la concesión pública, ni le niega su carácter de instrumento propio del interés general. Al respecto el profesor VILLAR PALASÍ (*Concesiones*

En este sentido, debe reconocerse y admitirse, como un elemento de discusión evidente, con impacto directo en la suerte de la figura concesional, que recientes elaboraciones económicas y filosóficas sustentadas en trabajos ideológicamente sumidos en concepciones neoliberales³⁹⁶, refutan la posibilidad de que el Estado, no solo sea titular de prestaciones vitales para la comunidad, sino también, que entienden como un imperativo material necesario para la vida económica de la sociedad, el alejamiento absoluto del mismo respecto de la prestación de servicios públicos, en aras de la eficiencia y con el propósito de consolidar la libertad individual³⁹⁷, esto en cuanto realmente, es la economía y el mercado, los reguladores y determinadores de su prestación.

Se propone, por los postores de estas teorías, la ruptura inmediata de los monopolios públicos en el servicio público y la apertura a modelos sustentados en la competencia económica y la libertad de empresa, lo que implica el aminoramiento de la figura concesional y el paso a estructuras de acceso al servicios fundadas en razones de libertad individual, autonomía privada y sobre todo, en la carencia de titulación pública de la actividad prestacional.

En este sentido, entienden los sustentadores de esta nueva concepción de lo público y la economía, que el asunto y la materia de los servicios públicos

administrativas, cit., p. 687), destaca que “[...] De este modo, algo tan sólidamente ligado como la obra pública y el servicio público, que responden a criterios administrativos paralelos, nos muestran dos aspectos diferentes de necesidades consolidadas, o *uti universi*, y necesidades *uti singuli* [...]”. Bajo los trabajos de este autor, la esencia del problema se resuelve en torno a la consideración de necesidades consolidadas, que involucra irremediamente lo estrictamente de interés universal, con sus repercusiones en el ámbito de lo estrictamente personal.

³⁹⁶ FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit. Puede consultarse así mismo HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tomos I y II, cit.; VON MISES. *Política económica*, cit.

³⁹⁷ HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, cit., tomo I, p. 25. “[...] Aquella condición de los hombres en cuya virtud la coacción que algunos ejercen sobre los demás queda reducida, en el ámbito social, al mínimo [...]”. Tomo II, p. 277 a 290. En contraposición a este concepto individualista de libertad puede consultarse a DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 180 a 192. Frente a las concepciones individualistas de libertad, DUGUIT propone en contraposición la función social y solidaria del individuo frente a la comunidad, lo que implica que “[...] La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen, de una manifestación de voluntad individual que por sí misma no puede producir ningún efecto social [...]”.

deben ser objeto propio y exclusivo de la economía y desde el ámbito jurídico, del derecho privado en especial del mercantil³⁹⁸, transformando el viejo servicio público en simples servicios de interés general, por fuera de cualquier titularidad pública estatal, generando, consecuentemente, otros instrumentos de acceso para su prestación, no propiamente concesionales, sino, más bien, simplemente autorizatorios y, en otros casos, admitiendo directa y discrecionalmente la mera liberalidad y la iniciativa privada para su operatividad y prestación sin intermediación estatal alguna.

Se ha introducido, pues, a partir de estas elaboraciones doctrinales e ideológicas, por pretendidos senderos de mudanza en el ámbito de los instrumentos y figuras de acceso a la prestación de los servicios públicos, algunas de las cuales parten, precisamente, de la desnaturalización del servicio como público, concibiendo hipótesis de destitularización pública de los mismos, que evidentemente impactan en la aplicación y recurrencia de la figura de la concesión pública, prácticamente la misma tendería a desaparecer o por lo menos quedar reducida de manera significativa, si se dan los presupuestos de estas doctrinas.

Frente al clásico servicio público sustentado en una administración pública dotada de poderes interventores de regulación, prestación directa de los servicios, en muchos casos bajo parámetros de monopolios naturales y con criterios asistencialistas, se contraponen, bajo los escenarios extremos de las teorías neoliberales, los conceptos de globalización, competencia, apertura, libertad económica, economía de mercado, privatización, liberalización, iniciativa privada, eficiencia en la gestión y operación, y lo que resulta más interesante, el surgimiento de un nuevo tipo de regulación tendiente a asegurar la privatización, la competencia, la libertad de entrada, el libre acceso al mercado, la libertad de contratación y sobre todo asegurar la rentabilidad adecuada y proporcional a los inversionistas privados³⁹⁹.

³⁹⁸ ARIÑO ORTIZ. "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica", en *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 3, 1999.

³⁹⁹ VON MISES. *Política económica*, cit., pp. 1 a 51.

Se trata de una evidente inversión de los postulados tradicionales sobre el papel de la administración pública en el cumplimiento de las finalidades estatales y la satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad y los derechos de los usuarios, reconociéndole a los privados, supuestas responsabilidades frente a la comunidad bajo criterios de rentabilidad, lo cual de por sí implica, para cualquier operador del derecho, una ardua labor interpretativa y de búsqueda incansable de soluciones viables constitucionalmente, con el propósito de cumplir de manera satisfactoria con las finalidades propias del orden superior, sobre todo en la estructuración de los negocios públicos en especial en torno a la figura concesional.

En este sentido, el mayor y más trascendente de los interrogantes de la investigación es el de conocer de cara a la concesión de servicios, si realmente el ordenamiento jurídico constitucional y administrativo ofrece instrumentos adecuados e idóneos para enfrentar las tensiones derivadas de las relaciones propias de la concesión y prestación de los llamados servicios públicos, dadas los avances ideológicos individualistas en la materia, no obstante la permanencia de la cláusula del Estado social y democrático de derecho en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

Se indaga hasta qué punto se ha invertido el principio expansivo de las finalidades sociales del Estado⁴⁰⁰ pasando a una etapa de recogimiento de los mismos. Se espera, en este sentido identificar los criterios jurídicos que

⁴⁰⁰ VILLAR PALASÍ. "Concesiones administrativas", cit., pp. 685 y 686. En los términos planteados por la doctrina, el principio de la expansión de los fines del Estado caracterizó los avances del Estado moderno frente al modelo de Estado liberal de derecho, retomando en materia de intervención económica atribuciones de conformador de un orden de cosas en favor del bienestar de los asociados, rompiendo las viejas concepciones que justificaban la ausencia de lo público frente a la problemática social en lo que la doctrina alemana dio por destacar bajo el concepto de Estado social administrador. Se trata de un principio esencialmente finalístico en relación con las actividades propias del Estado y dentro de él principalmente de la administración. Destaca el profesor VILLAR PALASÍ en este aspecto sustancial del principio que "[...] En lo que afecta a la actividad de la administración –reflejo fiel en la gestión de las concepciones finalistas del Estado–, la injerencia en la vida económica como sistema está reemplazando a los actos de intromisión aislados, esporádicos u ocasionales, a que se reducía clásicamente la actividad de la administración a este respecto, dejando esta de ser una mera regulación límite, para adoptar francamente un sentido constitutivo y creador [...]". Concluye el autor recalcando que lo característico del principio en cuestión es el abandono al criterio del derecho límite o valladar de la actuación administrativa por el de una administración presente y actuante.

permitan ofrecer soluciones válidas a los conflictos que embargan al derecho en general y en especial a la teoría de los servicios públicos en relación con la concesión de los mismos.

Para estos efectos, se evaluará la situación originada en las instituciones en comento, a partir de la doctrinas emanadas del Estado social, en cuanto realidad jurídica y política, –eventualmente de bienestar– conforme a la teórica de Hermann Heller y demás inspiradores de la Ley Fundamental de Bonn, sus proyecciones en el modelo de la procura existencial en los términos expuestos por Ernest Forsthoff, y su vinculación irremediable a las bases del sistema democrático, lo que implica reconocer el abandono del tradicional concepto de simple Estado de derecho, para efectos del análisis e interpretación de los fenómenos ligados a la dinámica de la administración pública, y adentrarse, en uno más amplio y complejo, como es el de la realidad jurídica de lo social, con todas las implicaciones que esto tiene, para la definición de las instituciones instrumentales, a las que debe acudir, una administración democrática, en aras de materializar los propósitos y finalidades emanados de estos supraconceptos estructuradores del Estado.

El análisis en cuestión debe abordar además una realidad incontenible de los últimos tiempos, el de los avances, desarrollos y efectos de las construcciones neoliberales en relación con el Estado y la administración, esto, con el propósito de demarcar con fundamento en todos los ingredientes pertinentes del caso, y los actores de esta realidad, las condiciones actuales del servicio público y de la concesión de servicios, y en consecuencia, tener los suficientes argumentos para definir las reglas a que se encuentran sujetos estos dos figuras, bajo la consideración, de que no obstante la crítica situación enunciada en los párrafos anteriores, resulta ser una verdad cordillerana, para cualquier intérprete del derecho, la de la subsistencia constitucional del modelo del Estado social y democrático de derecho, y de las cláusulas definidoras de la libertad de empresa e iniciativa privada de profunda raigambre y reclamación neoliberal y por qué no decirlo, desde esta perspectiva la presencia dentro de este contexto de la figura concesional.

1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y SUS INCIDENCIAS EN EL CONTRATO ESTATAL Y EN LA FIGURA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. ¿CERRANDO FILAS EN TORNO A LO SOCIAL?

El Estado social, que puede haber alcanzado o no, los estadios óptimos del bienestar⁴⁰¹, constituye un concepto general, de reciente conformación en la doctrina constitucional a partir de una particular convergencia ideológica liderada por las ideas socialistas⁴⁰², y adoptado en importantes ordenamientos jurídicos, que irradia la plenitud de las decisiones y actuaciones de los poderes públicos, en todos aquellos ordenamientos jurídicos-políticos que lo hubieren adoptado; por lo tanto, de sus elementos y contenidos materiales, se pueden deducir, sin mayores dificultades, los principios, reglas y valores que dan razón y sustento, a los diferentes instrumentos jurídicos, a los que debe acudir la administración pública, en cuanto ordenadora, de la configuración constitucional y legal de este modelo Estado, para hacer realidad sus postulados, enmarcados tanto en la regla general que el postulado involucra como en las múltiples hipótesis constitucionales que le dan contenido⁴⁰³.

⁴⁰¹ PAREJO ALFONSO. "Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional", en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO y LUIS GONZÁLEZ SEARA. *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Once-Civitas, 2002, p. 793 y ss. El concepto de Estado social es un concepto jurídico; el de Estado de bienestar es una calificación –adjetivo– que puede acompañar al Estado social, o a cualquier otro, de acuerdo con el desarrollo y la evolución económicos alcanzados por él, que le permiten, a partir de políticas públicas en relación con el gasto público, elevar las condiciones de vida de sus habitantes. El Estado de bienestar se relaciona entonces con inversión social a partir de un buen comportamiento del sistema económico, que indudablemente genera estabilidad social. El Estado, cualquiera que éste sea, configura el marco cultural dentro del cual se fragua el bienestar –por lo menos así ha sucedido históricamente–. En este sentido, como anota PAREJO, "[...] No consiste esa relación, sin embargo, en una identidad total entre Estado social, como fórmula constitucional, y el llamado Estado de bienestar". ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR. "El Estado Social", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 69, 2003. Véase sentencia de la Corte Constitucional C-1064 de 2001.

⁴⁰² Sobre el surgimiento y la evolución del concepto puede consultarse PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 127 y ss. Del mismo autor, *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983. En igual sentido, el interesante estudio contenido en la sentencia de la Corte Constitucional C-1064 de 2001.

⁴⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de 2001. "[...] En este orden de ideas, entre las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado social de derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C. P); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13

En sentido general se puede afirmar que bajo la estructuración de la cláusula del Estado social se dan las condiciones materiales para la estructuración de múltiples titularidades públicas en relación con actividades, bienes, servicios y obras, titularidades públicas que otorgan la posibilidad a la administración de su ejecución directa o indirecta, de darse esta última modalidad, quedan abiertas las puertas para el surgimiento de la figura concesional de conformidad con el ámbito de discrecionalidad de que goza la administración en estos asuntos. El Estado social es, por lo tanto, un evidente campo fértil para el desarrollo de la figura de la concesión administrativa, dada el amplio campo de atribuciones, responsabilidades y sobre todo titularidades públicas en relación con actividades de contenido económico.

En este aspecto, no podemos olvidar que, en consonancia con el artículo 365 constitucional, los servicios públicos y sus mecanismos prestacionales, entre los cuales inevitablemente se ubica la concesión administrativa, son inherentes a las finalidades sociales del Estado, esto es, tienen relación directa e íntima con lo social, su naturaleza jurídica está vinculada y deviene, de este postulado constitucional y lo que resulta más importante el Estado puede ser titular de muchas de estas actividades prestacionales, lo cual configura un amplio espectro material para el desarrollo de la concesión administrativa.

inciso 3 C. P); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C. P); apoyar a los desempleados (artículo 54 C. P); y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (artículo 334, inciso 2); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (artículo 366 C. P). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender. De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos [...]". [sic]

Adscribe la Constitución Política un trascendente deber funcional en materia prestacional de los servicios públicos, por lo tanto, en relación material con la concesión administrativa a todas las autoridades estatales, en especial a las administrativas: la de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, inclusive de ser necesario mediante la prestación del mismo por parte del Estado, de manera directa o indirecta. Luego en el asunto objeto de estudio, la configuración constitucional nos liga el fenómeno de los servicios públicos a las profundas estructuras y necesidades de la sociedad vinculando de paso la figura prestacional a este contexto sustancial. Se puede afirmar, sin lugar a equivocación, que el postulado del Estado social determina sustancialmente entonces el principio del interés general.

Complementa la anterior idea, el marco democrático dentro del cual se debe ubicar y desenvolver la administración pública para efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional de la prestación eficiente de los servicios públicos –concesiones administrativas eficientes– esto es, de la sujeción de la ordenación del servicio y de su prestación a los principios democráticos. El modelo de Estado democrático constituye dentro de nuestro ordenamiento, la columna sustentadora de la inclusión, el equilibrio, la igualdad, y la libertad de los asociados en sus aspiraciones de colaboración en la ejecución de los proyectos públicos.

El pensamiento democrático trasladado a los ámbitos discrecionales de la administración pública, es garantía de balance y equilibrio en el accionar público, de transparencia e igualdad en las relaciones con los asociados, de pluralismo, tolerancia, participación, y sobre todo, de desprecio absoluto para con la arbitrariedad, la reducción y reconducción de la autocracia, y el rechazo profundo al abuso del derecho –desvío de poder–. La cláusula constitucional del Estado democrático, coadyuvada al concepto material de Estado social, consolida de manera magnífica, en una proyección finalística el concepto de interés público y general, que como advertíamos en otro apartado del presente

trabajo, constituye a no dudarlo, el faro y guía maestra de la actuación pública en relación con la plenitud de los poderes públicos.

La democracia reconducida a estos aspectos de la ordenación del servicio y la concesión, y en manos de la administración, se configura entonces, garantía de realización del principio constitucional del interés general.

Los servicios públicos, el contrato estatal y en especial, la figura concesional en cualquiera de sus modalidades, no puede estar ausente de esta realidad inspiradora, si se pretende, en todo momento y lugar, tanto en la definición de las decisiones más importantes en esta materia como en la estructuración sustancial de los negocios públicos, ser coherente con este tipo, modelo y naturaleza de Estado, el social y democrático de derecho.

1.1. Hermann Heller y el surgimiento del concepto de Estado social de derecho. La base para la definición de un modelo de negocio concesional coherente con lo social. El auge de la titularidad pública

El concepto de Estado social de derecho surge de los trabajos del profesor Hermann Heller⁴⁰⁴ principalmente del artículo publicado en 1929 “¿Estado de derecho o dictadura?”⁴⁰⁵, en donde plantea la necesidad, para el viejo y simple

⁴⁰⁴ HERMANN HELLER. “¿Estado de derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 283. Como ya se anotó, este artículo fue originalmente publicado en *Die Neue Rundschau (El nuevo panorama)* (Berlín, Fischer, 1929). El concepto de Estado de derecho perteneció hasta la Primera Guerra Mundial al acervo común de ideas del derecho europeo. “[...] Como reivindicación no era discutido ni aun allí donde, ya en un todo ya parcialmente, no se le había reconocido o llevado a la práctica. Hasta la revolución bolchevique, incluso los grandes partidos socialistas interpretaban la dictadura marxista del proletariado en un sentido más o menos democrático y de Estado de derecho [...]”. Sin embargo, sostiene HELLER, esta situación ha cambiado sustancialmente (1929): las amenazas de la dictadura ante las debilidades del Estado de derecho son ostensibles. Las amenazas fascistas y del comunismo desbocado en Rusia son en sí mismas dictaduras contrarias a la democracia y al Estado social de derecho. HELLER veía con preocupación cómo incluso el mismo modelo de los bolcheviques había resquebrajado el concepto de Estado de derecho. “[...] La dictadura bolchevique, que no ha hecho en suma sino reasumir la forma de gobierno de Pedro el Grande, no ha conocido jamás la alternativa Estado de derecho o dictadura y puede quedar fuera de nuestra consideración [...]”. Y en realidad las inquietudes de HELLER eran absolutamente justificadas, tanto así que la Europa de su tiempo fue campo fértil para las más odiosas dictaduras fascistas y comunistas que el mundo pudo conocer y padecer.

⁴⁰⁵ WOLFGANG ABENDROTH. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 13 y ss. No obstante lo anterior, la literatura especializada nos brinda referencias históricas que nos ubican

Estado de derecho⁴⁰⁶ moldeado conforme los parámetros del liberalismo económico clásico, de asumir un papel central y principalísimo en la atención a los conflictos sociales, so pena de generar la ruptura total del sistema y la caída del Estado de derecho y democrático por los senderos de las dictaduras despóticas⁴⁰⁷. Predicaba la necesidad de que el Estado de derecho se

en la documentación jurídica y política surgida de las revueltas obreras de 1848 en París, en donde, a partir de la transacción ideológica entre burgueses democráticos y voceros del movimiento obrero, se consolidó la fórmula del “[...] Estado de derecho democrático y social [...]”, pretendiendo comprender en éste el derecho fundamental al trabajo y al establecimiento de una especie de economía cooperativa de producción a la que concurriría tanto el capital como la clase obrera, idea retomada luego por el movimiento obrero y los socialistas europeos. Desde la perspectiva constitucional, antecedentes importantes en el constitucionalismo moderno se observan en la Constitución de la República de Weimar, que, si bien es cierto, no definió el Estado como social de derecho, sí adoptó en su codificación toda una serie de disposiciones relativas a los que podríamos calificar como derechos de segunda generación, tendientes a regular los conflictos que alteran el orden social. De esta forma, se introdujeron por primera vez en el constitucionalismo regulaciones sobre el trabajo, relaciones entre patronos y trabajadores, y disposiciones sobre seguridad social. Luego, en el constitucionalismo de la posguerra se observa que en algunas constituciones de los *Länder*, tanto de las zonas aliadas como de la rusa, fueron expedidas constituciones que fueron amas allá del viejo constitucionalismo de Weimar e incorporaron en sus textos cláusulas contentivas de mandatos concretos a los poderes públicos en el sentido de priorizar lo social en cuanto finalidad indiscutible del Estado de derecho en ellas organizado, “[...] incluso en Baviera, con absoluta mayoría del CSU, la Constitución del *Länd* encomendó al legislador la tarea de socializar la producción básica [...]”. Sin embargo, la consagración definitiva del concepto se da en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en sus artículos 20 numeral 1 y 28 numeral 1, que respectivamente disponen: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”; “El orden constitucional en los *Länder* debe responder a los principios de Estado republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución”. Sobre las razones de su incorporación como fórmula constitucional indica ABENDROTH que “[...] Después de 1945, con el derrumbamiento del Tercer Reich y la liberación de Alemania –no por sí misma, sino en virtud de la victoria de los aliados–, se instaló la convicción en el pueblo alemán, o al menos en aquellos sectores que habían intuido lo que sucedió, que era necesario modificar no solo la estructura política, sino también la estructura social, ya que las clases dominantes de épocas anteriores eran responsables de la toma del poder que condujo al Tercer Reich y de la participación en la guerra emprendida por éste [...]”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico* I, cit., p. 31. Atribuye a LORENZ VON STEIN ser el precursor de la idea de Estado social. Este pensador, a partir del análisis de las revoluciones francesas de 1830 y 1848, entendió y postuló que había llegado ya el tiempo de concluir con las revoluciones políticas y habría de abrirse paso a las de significado social. “[...] son estas revoluciones las que pueden evitar las otras [...]”. A partir de la influencia de HEGEL, hace clara diferencia entre sociedad y Estado. El Estado debe conducir a la sociedad, de donde se concluye el carácter teleológico de su accionar.

⁴⁰⁶ En relación con el alcance y significado del concepto de Estado de derecho puede consultarse entre otros los siguientes trabajos: DANILO ZOLO. “Teoria e crítica do Estado de direito”, en *O Estado de direito: história, teoria, crítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 3 y ss. En esta misma compilación, PIETRO COSTA. “O Estado de direito: uma introdução histórica”, pp. 95 y ss.; LUIGI FERRAJOLI. “O Estado de direito entre o passado e o futuro”, pp. 417 y ss.; así mismo, ELIAS DÍAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus-Alfaguara, 1991, pp. 23 a 42.

⁴⁰⁷ HELLER indudablemente tomaba como elemento objetivo de análisis la evolución de la Constitución de Weimar que había retomado las fórmulas del concepto en estudio, y su traumática situación a partir de la interpretaciones de los tribunales de la época que prácticamente habían vaciado de contenido los perentorios mandatos sociales establecidos en la mentada constitución. HELLER predecía que quizá con otros jueces, que habrían de llegar

transformara en un Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido material, que abarcara la totalidad de la “cuestión social”, y no se agotara en una simple igualdad formal. La igualdad material implicaba reconocer derechos y adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos más allá del ámbito estricto del individualismo y de los simples derechos subjetivos⁴⁰⁸.

con el cambio social, otro sería el destino de la interpretación constitucional (“¿Estado de derecho o dictadura?”, cit.). Así lo destaca el profesor ABENDROTH (“El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, cit.): “[...] Fue mérito del constitucionalista Hermann Heller demostrar que el verdadero contenido de la Constitución de Weimar tenía que ser caracterizado precisamente desde esa fórmula de democracia social en la forma de Estado de derecho, y que era misión de la ciencia jurídica, así como de la clase trabajadora, actuar a favor de la realización de esa exigencia constitucional [...]”. Los textos controvertidos de la Constitución de Weimar que consagraban un verdadero Estado social y democrático de derecho fueron los siguientes:

“Artículo 156: El Imperio puede, mediante ley, a reserva de indemnizar, y con aplicación por analogía de las disposiciones sobre expropiación, traer al dominio público las empresas económicas privadas susceptibles de socialización. También pueden el Imperio, los países o los municipios interesarse en la administración de empresas económicas o sus federaciones, así como asegurarse en ellas por otro medio una influencia decisiva.

“En caso de urgente necesidad, puede también el Imperio federar por medio de una ley empresas y asociaciones económicas, con el propósito de asegurar la colaboración de todos los elementos productores, interesar en la administración a patronos y obreros y regular la: producción, creación, distribución, consumo y tasa de precios, así como la importación y exportación de bienes con arreglo a principios socializadores de una economía colectiva.

“Las cooperativas de producción y consumo y sus federaciones serán incorporadas, cuando lo deseen, a la economía colectiva, teniendo en cuenta su constitución y naturaleza particular.”

“Artículo 165: Los obreros y empleados serán llamados a colaborar, al lado de los patronos y con igualdad de derechos, en la reglamentación de las condiciones de la retribución y el trabajo, así como en todo el desenvolvimiento económico de las fuerzas productivas. Quedan reconocidas las agrupaciones de ambas clases y sus federaciones.

“Para defensa de sus intereses sociales y económicos, tendrán los obreros y empleados representaciones legales en Consejos obreros de empresa (Betriebsarbeiterräten) así como en Consejos de obreros de distrito agrupados por regiones económicas, y en el Consejo obrero del Imperio (Reichsarbeiterrat).

“Los Consejos obreros de distrito y el Consejo obrero del Imperio, unidos con las representaciones de los patronos y demás clases interesadas de la población, formarán Consejos económicos de distrito y un Consejo económico del Imperio (Reichswirtschaftsrat), llamados a entender en todas las cuestiones de orden económico y a cooperar en la ejecución de las leyes socializadoras. Los Consejos económicos de distrito y del Imperio estarán constituidos en forma que se hallen representados en ellos todos los grupos profesionales importantes en proporción de su importancia económica y social.

“Los proyectos de ley económicos y de política social de interés fundamental deberán ser sometidos por el Gobierno del Imperio a informe del Consejo económico del mismo, antes de su presentación. El Consejo económico del Imperio podrá tener asimismo la iniciativa de tales proyectos de ley, los cuales, aunque el Gobierno no los haga suyos, habrá de presentarlos al Reichstag con indicación de su opinión. El Consejo económico podrá defender ante el Reichstag sus proyectos valiéndose de uno de sus miembros.

“Podrán confiarse a los Consejos obreros y a los Consejos económicos facultades de control y de administración en las materias que les son propias. Es de la competencia privativa del Imperio regular la organización y atribuciones de los Consejos obreros y de los Consejos económicos, así como sus relaciones con otras corporaciones sociales autónomas.”

⁴⁰⁸ HELLER. “Las ideas socialistas”, en *Escritos políticos*, cit., pp. 303 y ss.

Para Heller era absolutamente claro la necesidad del cambio cualitativo en el papel del Estado en relación con la sociedad abandonando su esencia estrictamente individualista derivada de los razonamientos propios de una revolución agotada como la francesa. Las nuevas circunstancias sociopolíticas y económicas de la sociedad, circundadas por la lucha y enfrentamiento entre las clases burguesas y trabajadora, en consecuencia, con presencia de nudos insalvables de intereses de naturaleza diversa, llamaban de manera perentoria a generar instancias de concertación política con el propósito ineludible de evitar la radicalización de las contradicciones permitiendo el auge y fortalecimiento de las ideas absolutistas⁴⁰⁹.

La idea de lo social interrelacionado con el derecho en la base del Estado, que llevo a Heller a proponer precisamente el concepto de función social del Estado, no ha sido por lo tanto, en su concepción fundante un simple producto de la arbitrariedad del pensamiento político. La evolución del concepto corresponde a una respuesta doctrinal a la evolución anormal y crítica del capitalismo dominante en la Europa entre los siglos XIX y XX, que alteró radicalmente las condiciones sociales de los pobladores del viejo continente. La industrialización, el crecimiento desmedido y desordenado de los centros de producción, la ruptura de la capacidad de subsistencia autónoma de los individuos, el crecimiento demográfico aunados al rompimiento de las reglas económicas del liberalismo puro, hicieron inevitable el apresurado despertar de la intervención estatal, en procura de nivelar las profundas desigualdades generadas por el sistema en sus pobladores⁴¹⁰, haciendo del Estado un concepto vinculado inevitablemente con una función social que debía asegurar la convivencia y la cooperación entre los hombres⁴¹¹.

Para Heller, este conjunto de circunstancias y en consecuencia el abandono paulatino de la democracia y de la idea material de Estado de derecho, le era atribuible básicamente a la burguesía y a su posición excluyente en el manejo

⁴⁰⁹ Ídem.

⁴¹⁰ HELLER. "¿Estado de derecho o dictadura?", cit., pp. 284 y ss.

⁴¹¹ GERHART NIEMEYER. Prólogo al libro *Teoría del Estado de Hermann Heller*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 12.

de los poderes públicos y al no ofrecer en consecuencia, en cuanto clase dominante, una respuesta adecuada en aras de preservar estos valores de la hecatombe dictatorial. En la realidad de las cosas, se desprende de la obra de Heller, que la dictadura y la crisis del Estado de derecho, obedecen a los mismos intereses mezquinos del capital y de la burguesía que para subsistir preferían entregar los principios y valores inmanentes en el concepto de Estado de derecho tomando el sendero oscuro de la dictadura⁴¹².

El modelo de Estado social de derecho, surge entonces, como una propuesta de Heller, en la búsqueda de un afanoso punto de encuentro de intereses, de por sí contradictorios y antagónicos, como lo eran, y lo siguen siendo hoy, los propios del capital y los de los trabajadores, en aras de consolidar la democracia y el modelo de Estado derecho pero desde una perspectiva material vinculada a lo social.

En esta dirección, para Heller el concepto de Estado de derecho se ve históricamente acrecentado por la realidad de lo social, que determina que sus bases deriven de la consistencia de las relaciones de intercambio, que hacen a los actores de la vida social interdependientes entre sí, y que en consecuencia los obliga a generar reglas y normas de seguridad jurídica suficientemente adecuadas y fuertes para mantenerse en esta situación óptima. Es precisamente esta circunstancia la que hace inevitable el paso del simple Estado de derecho al de un verdadero Estado social de derecho.

El asunto resultaba absolutamente claro en el pensamiento de Heller, al afirmar que tan solo podía entenderse el sustrato social del Estado de derecho en la medida en que se admitiese como válido el necesario reconocimiento de un punto de encuentro unitario, entre los grupos sociales antagónicos, a partir de la fuerza de las relaciones de intercambio, tanto social como económico, el resultado de este proceso no puede ser otro que el del surgimiento de un moderno Estado derecho sustentado en lo social con reglas centrales de

⁴¹² HELLER. "¿Estado de derecho o dictadura?", cit., pp. 284 y ss. "[...] ¿Significa la extensión de las dictaduras por Europa que haya tocado a su fin el Estado de derecho y que vaya a ser sustituido por una forma de Estado mejor adaptada a nuestro ser social de hoy?"

acción de acción social, dirigidas a estos propósitos ineludibles de la nueva organización política y jurídica⁴¹³.

En este sentido el Estado material de derecho, va mucho más allá del clásico Estado de derecho sumido en el simple postulado de la división de poderes, del un imperio formal de la ley, y de la igualdad, que lo justificaron originariamente bajo consideraciones individualistas burguesas y se adentra en los intereses de la sociedad misma⁴¹⁴. En la era del capitalismo desarrollado y organizado la democracia social daría un giro profundo a esta situación de principios en la base del Estado derecho haciendo mucho más incluyente la organización política, y sobre todo, con reglas teleológicas sustancialmente sociales⁴¹⁵.

Los anteriores análisis corresponden a los estudios de Heller en torno al Estado europeo de su época que se debatía entre el fascismo y la democracia, polarización, que pasó a configurar una profunda preocupación que marcaría su obra, dilema al que dio respuesta sosteniendo la necesidad de la consolidación del sistema democrático, como medida de salvación de la comunidad nacional de cultura, para lo cual sugería ajustar las viejas

⁴¹³ HELLER. “¿Estado de derecho o dictadura?”, cit., p. 284. El asunto resultaba sencillo en el entender de HELLER: el crecimiento de la división del trabajo, esto es la dinámica misma de la economía, llevaría a que necesariamente las clases sociales enfrentadas generaran las condiciones necesarias para su armonización unitaria y central, una especie de contrato social a partir de la definición de lo fundamental que les diera seguridad jurídica. “[...] Sólo pueden entenderse sus bases sociales cuando se advierte cómo el alza creciente de la cultura consiste en el hecho de que aumente la división del trabajo, y con ello, en que grupos sociales, localmente distantes entre sí, al verse forzados a entrar en relaciones de intercambio, lleguen a ser recíprocamente dependientes. Al crecer la división del trabajo y aumentar los intercambios se hace precisa en un grado más elevado una seguridad del tráfico consonante con ese crecimiento, idéntica en su generalidad a la que los cultivadores del derecho denominan seguridad jurídica. Seguridad del tráfico o seguridad jurídica se hacen posibles meced a una intensificación en la calculabilidad y en la acomodación a planes conseguida con las relaciones sociales. Porque esa calculabilidad puede alcanzarse solamente si las relaciones sociales y ante todo las económicas se someten en medida creciente a un orden unitario, esto es, a una normación desde el punto de vista central del territorio. El resultado provisional de este proceso de racionalización social es el moderno Estado de derecho, surgido en lo esencial de una voluminosa legislación, vale decir, del establecimiento consciente de reglas para la acción social, reglas que en relación con un ámbito de personas y de cosas han ido progresivamente excluyendo, en beneficio de la creación y la ejecución de normas desde un núcleo institucional central, la defensa propia [...]”.

⁴¹⁴ HELLER. “Las ideas socialistas”, cit., p. 303. “[...] la democracia social reconoce sólo al pueblo, en su totalidad socialmente solidario, como fundamento justificativo del gobierno [...]”. Por esta razón el orden natural al que aspira el socialismo es no solo el del pueblo jurídicamente igual y socializado, no solo de la igualdad de clases, sino el de la socialización económica [...]”.

⁴¹⁵ HELLER. “¿Estado de derecho o dictadura?”, cit., p. 290. “[...] La reivindicación por el proletariado de una democracia social no significa otra cosa que la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea de Estado material de derecho [...]”.

estructuras del modelo de Estado de derecho a las de un verdadero Estado social de derecho⁴¹⁶.

Es que precisamente el Estado europeo de los años treinta, atravesaba una profunda y peligrosa crisis, que llamaba con extrema urgencia a una pronta atención renovadora, crisis derivada en lo fundamental de una clara disolución de la comunidad de valores sustentada en la vieja lucha entre la burguesía y el proletariado tan solo conciliable sobre la base de la aceptación del modelo mediador del Estado social de derecho⁴¹⁷. Es clara la preocupación de Heller en torno a este asunto, precisamente se preguntaba en sus obra ¿Por cuánto tiempo soportaría la democracia burguesa la lucha de clases? ¿Hasta cuándo cabrá esperar del proletariado que se ajuste a la forma jurídica-democrática de la lucha de clases?⁴¹⁸

Los antagonismos de clases y los demás que dividían a la sociedad como los económicos, e incluso los espirituales, requerían de una profunda revisión de los contenidos políticos del Estado, esto con el indiscutible propósito de lograr un punto óptimo de armonización de los antagonismos, para lo cual se debería construir un modelo que garantizara la comunidad política de valores y voluntad, para lo cual el Estado europeo no tenía nada que apropiarse del fascismo para estos efectos, reiteraba en esta dirección que el modelo fascista no tenía nada que decirle ni aportarle a una sociedad políticamente enferma como las de su época⁴¹⁹. El fascismo buscaba ante todo la ruptura y muerte del

⁴¹⁶ ANTONIO LÓPEZ PINA. "Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller", prólogo al libro *Escritos políticos*, de Hermann Heller, Madrid, Alianza, 1985, pp. 9 a 18.

⁴¹⁷ HELLER. "Europa y el fascismo", en *Escritos políticos*, cit., p. 22. La unidad nacional en torno a lo fundamental es la idea central del Estado en la teoría de HELLER, sobre todo cuando ella se hace en torno al acuerdo social, que es en últimas el que genera la realidad del Estado de derecho volcado hacia lo social. "[...] Supuesto de toda formación del Estado es siempre la actividad de su contenido común de voluntad, capaz de integrar la pluralidad social, eternamente antagónica, en la unidad del Estado. Por que el Estado, el pueblo como unidad política, no existe, ni antes, ni sobre el pueblo como pluralidad, ni nace tampoco por un mero acuerdo racional de esa pluralidad. Por eso, la medida que en cada momento exista de esa unidad, de ese contenido común orgánico, de voluntad, y la cantidad que pueda y haya de unificarse, es siempre un problema decisivo [...]".

⁴¹⁸ LÓPEZ PINA. "Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller", cit., pp. 9 a 18.

⁴¹⁹ HELLER. "Europa y el fascismo", cit., p. 21.

Estado de derecho, la desaparición del principio de la división de poderes y de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales⁴²⁰.

El fascismo, más que un simple proyecto de poder, era ante todo, según Heller, una forma de dictadura propia de una degeneración del capitalismo que nada bien le trae a la democracia y al destino de la sociedad en general. El fascismo es ante todo un modelo desequilibrado no portador de consensos, es ante todo, contrario a estos, es una manifestación de clase dominante, la burguesa precisamente que se impone y reina bajo la figura dictatorial.

El modelo de Estado social de derecho o Estado material de derecho, es un modelo de integración social, equilibrado, configurado básicamente a partir del consenso de clases que es en esencia el sustrato mismo de la democracia, por lo tanto, contrario al fascismo y sus bases determinantes⁴²¹. Conforme a los postulados del modelo de Estado social de derecho, el Estado no puede de manera alguna constituirse en un simple instrumento de las clases dominantes en cuanto es el producto precisamente del consenso de burgueses y proletarios. El modelo de integración hace parte del necesario y profundo proceso de revisión política de la sociedad que propone Heller y que se reconduce por un triple sendero, el político, el de la búsqueda de una homogeneidad social y el del salto del modelo de Estado de derecho a un verdadero Estado social de derecho. Veámoslos:

⁴²⁰ LÓPEZ PINA. "Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller", cit., pp. 9 a 18. Destaca el prologuista de HELLER cómo este autor tenía una visión siempre negativa del fascismo; en resumen, consideraba al modelo "[...]" más allá de un proyecto de poder en el que la norma carente de voluntad era sustituida por la voluntad al margen de toda norma; no más de un plan de reemplazamiento de un derecho impotente, por el poder sin derecho. Tal proyecto aspiraba a operar formalmente mediante la sustitución de la democracia por el plebiscito y la aclamación "[...]", que derivaba en un estado corporativo.

⁴²¹ HELLER. "Socialismo y nación", en *Escritos políticos*, cit., pp. 176 a 178. El obrero tan solo podrá ser realmente hombre bajo el esquema de una comunidad nacional de cultura. El socialismo no se hace en el aire sino en una comunidad concreta y en una parcela concreta de superficie terrestre. Es en la nación donde el socialismo debe consolidarse, pero entendiendo que la nación es un todo complejo. "[...] La nación debe estar dispuesta a aceptar a la clase obrera en la forma en que ha moldeado su propio destino, o se derrumbará en el dramático forcejeo con ella [...]". Desde la perspectiva jurídico política, esto se logra dentro del Estado, entendiéndolo precisamente como "[...] aquella asociación que asegura el última instancia y en un determinado territorio la coordinación de todas las acciones sociales [...]".

El político que implica una especie de alianza de compromisos entre las clases sociales, lo que significaba la revisión inmediata de la figura del Estado clasista burgués predestinado a ser el instrumento de las relaciones capitalistas de producción. En este aspecto la propuesta de Heller reclama la instauración de un “[...] *Estado de integración nacional* [...]” caracterizado por el equilibrio, el consenso y las concesiones mutuas entre el capitalismo y la clase trabajadora. Se trataba de un modelo que partía de la necesidad de mediar compromisos de clase para su viabilidad⁴²².

En este sentido, se ha entendido entonces, que la propuesta de Heller, vinculada al ámbito de lo jurídico significaba que el modelo de Estado propuesto, al que llamaba social de derecho, no era más, que la forma en que las clases sociales en conflicto, llegaban a un equilibrio óptimo y adecuado por las vías pacíficas, regulando de esta manera, en derecho, sus intereses⁴²³. El Estado social de derecho, surge por lo tanto, del acuerdo negociado de intereses entre los sectores radicalmente opuestos de la sociedad: el movimiento obrero y la burguesía, que a partir de renuncias mutuas de “[...] *lucro o compensaciones* [...]” lo edifican en desarrollo de su voluntad política⁴²⁴.

El de la homogeneidad social⁴²⁵ es el acuerdo sobre lo fundamental, es el punto de encuentro de las voluntades políticas de las clases enfrentadas que les permite determinar una base concreta y cierta sobre las cuales edificar el modelo social de derecho mediante la conformación de lo que llama como “[...] *comunidad nacional de cultura* [...]”. Sin embargo, Heller visualiza un problema de fondo para el logro de este propósito y es el referido al tipo de concesiones entre las clases sociales, dificultad de la mayor entidad que invita a que los sectores progresistas de la burguesía ofrezcan, a través de las formas jurídicas, suficientes compensaciones a la clase obrera⁴²⁶.

⁴²² *Ibíd.*, p. 193.

⁴²³ HELLER. “Socialismo y nación”, *cit.*, p. 197. “[...] La conciliación justa de los intereses económicos y con ello de los órdenes económicos es una meta socialista políticamente alcanzable [...]”

⁴²⁴ LÓPEZ PINA. “Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller”, *cit.*, pp. 9 a 18.

⁴²⁵ HELLER. “Democracia política y homogeneidad social”, en *Escritos políticos*, *cit.*, p. 257.

⁴²⁶ LÓPEZ PINA. “Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller”, *cit.*, pp. 9 a 18.

El de la necesaria transición del viejo y clásico Estado liberal o simple Estado de derecho, al Estado social de derecho, este sí de profundo contenido material en cuanto emana de un compromiso de clases sociales. No obstante, en la teoría de Heller el Estado social de derecho es ante todo una mera transición al verdadero socialismo, pero con un profundo contenido sustancial que se traduce en una clara y evidente dominación, un orden justo, de la autoridad sobre la economía, dominación que en últimas es la gran garantía, la más grande concesión de la burguesía en relación con los intereses de la clase obrera.

Esta concesión conlleva de por sí una consecuencia inevitable, la de la suspensión del elemento de crisis en el enfrentamiento de la clase obrera con la burguesía: la alienación del trabajo bajo la forma capitalista de producción, esto es, una suspensión de las condiciones burguesas, para el logro de un orden en la producción, la ruptura a la desigualdad y, sobre todo, el abandono a la dominación de la clase burguesa sobre la trabajadora ⁴²⁷, todo esto enmarcado dentro de lo que Heller denomina como una clara función social del Estado ⁴²⁸.

En últimas, la instauración del modelo de Estado social de derecho, propugna para que el Estado se dote de potencial económico propio; limite de manera considerable la propiedad privada y el capital; subordine el trabajo y la producción al derecho; considere bajo los presupuestos de un Estado material de derecho el orden laboral y la producción; intervenga jurídicamente mediante el ejercicio de la fuerza necesaria en el trabajo y la economía, imponiendo de ser el caso sanciones a los infractores ⁴²⁹; declare como de interés público

⁴²⁷ HELLER. "Socialismo y nación", cit., p. 184. Véase igualmente: LÓPEZ PINA. "Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller", cit., p. 17. "[...] Con tal suspensión, ira asociada una superación de las relaciones de dominación de clase, de las contradicciones y enajenaciones de la sociedad burguesa [...]".

⁴²⁸ HELLER. *Teoría del Estado*, cit., pp. 217 y ss. El Estado, bajo los designios de la teoría de HELLER, era ante todo un concepto teleológico, por lo tanto finalístico, asunto este planteado desde ARISTÓTELES. El Estado es un fin en sí mismo y ese fin se proyecta inevitablemente sobre lo social.

⁴²⁹ HELLER. "Socialismo y nación", cit., pp. 178 y ss. La economía vinculada a lo social no resulta entendible e inexplicable en un estado que carezca de instrumentos ordenadores, "[...]

aquellos sectores de la economía vitales para la sociedad y hasta ahora bajo la dominación estricta de los particulares, y por lo tanto sujetos, a un estricto derecho privado, abriendo las puertas en este sentido a la socialización de la producción, la agricultura, la minería, la industria y la banca, esto en la aspiración de ver al Estado como el gran empresario nacional, proceso al que Heller⁴³⁰ veía como esencialmente democratizador⁴³¹.

1.1.1 Los conflictos iniciales del concepto. Entre lo social y lo jurídico

El desarrollo y la consolidación del Estado social de derecho han estado salpicados de múltiples dificultades. La idea de la integración entre conceptos aparentemente antagónicos, como los de sumisión al derecho y además el que el Estado asuma responsabilidades sociales en procura del bien común, se ha visto enfrentada a vicisitudes, sobre todo, si se tiene en cuenta, conforme a lo expuesto, que en la práctica, bajo este esquema constitucional, el Estado es el depositario de la fuerza suficiente para efectos de imponer el orden que la sociedad demanda en aras de la ruptura de los baches diferenciales que padece dentro de la configuración capitalista, lo cual también ha generado profundas inquietudes sobre el alcance mismo del concepto en aras a su debida aplicación y sobre todo en relación con el papel que deben desempeñar los poderes públicos para su consolidación⁴³².

ya que el Estado no es en última instancia sino la sociedad ordenadora y ordenada definida en el territorio [...]”. El aparato estatal es el gran depositario de la coerción de la fuerza. “[...] Mediante su aparato de coacción, el Estado asegura la acción colectiva ordenada, en un territorio determinado, de todas las relaciones sociales [...]”.

⁴³⁰ HELLER. “Las ideas socialistas”, cit., p. 303.

⁴³¹ LÓPEZ PINA. “Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller”, cit., p. 18.

⁴³² PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit. Desde el punto de vista del contenido de la cláusula de Estado social de derecho, la doctrina no ha sido uniforme. Desde su proclamación, la cláusula del Estado social de derecho aparece a primera vista como una cláusula abierta, “objeto de diversas interpretaciones a la hora de su determinación”. En Alemania se le ha tratado de determinar desde diferentes puntos de vista. En este sentido, se pueden observar cuatro importantes tendencias en cuanto a su alcance: 1. “El Estado social como expresión misma del conjunto de acciones de intervención social del Estado”. Esta corriente interpretativa parte de la dicotomía entre Estado de derecho y Estado social de derecho. Concepción clásica que aún discutía si los dos fenómenos se podían interrelacionar o no. De todas maneras entendía lo social del Estado como el proceso de intervención, regulación y conducción de lo social mediante leyes y de una administración prestadora de servicios. 2. “Estado social como Estado o situación social de bienestar”. Dentro de esta concepción el Estado social se asimila al Estado de bienestar, en la medida en que el fin que debe procurar el Estado social de derecho no es más que el del bienestar general de la población: finalidad distributiva de recursos con el

Ahora bien, en definitiva, lo que resulta ser cierto, como se ha advertido a propósito del constitucionalismo de los *Länder* de la posguerra y de manera concreta con la entrada en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, es algo más significativo para el derecho público y sobre todo para la teoría del Estado, es el de la presencia de un concepto definitivamente sustancial de Estado social y democrático de derecho, con contenido material propio y vinculante para todos los poderes públicos, independientemente de las discusiones doctrinales que originariamente pudieron darse en el mismo contexto del derecho alemán⁴³³ y mucho más allá de lo que pudo haberse

fin de hacer de la sociedad una sociedad de bienestar. Según sus teóricos, el Estado debe velar por nivelar las condiciones de vida de la población; por lo tanto, debe redistribuir la riqueza en aquellas capas más deprimidas. 3. "Estado social como política social y sistema de la seguridad social". Según PAREJO ALFONSO, esta concepción del Estado social de derecho reduce el Estado a una parte exclusiva de sus finalidades: aquella que tiene que ver exclusivamente con la política y el sistema social. Se trata, por lo tanto, de una concepción insuficiente y limitada. 4. "Estado social como función del orden constitucional de carácter social". Desde esta perspectiva, el Estado social de derecho es entendido como un fenómeno de lo jurídico; no obstante esta ubicación de su naturaleza, su contenido sigue siendo un problema de definición. Para algunos, esta función estatal es ante todo una función de estabilización, que pretende fundamentalmente compensar las desigualdades sociales o autoestabilizar el Estado a partir de la nivelación de la sociedad. Como función estabilizadora, algunos otros encuentran la posibilidad de la intervención estatal frente a los conflictos sociales. Para otro sector de la doctrina, esta cuarta posición interpretativa implica una función de progreso y reforma social en cabeza del Estado, el cual "goza de una cierta autonomía en orden a configurar su función ofensiva de constitución de la sociedad. Y ello a partir de los valores consagrados en la Constitución y de su ponderación de conjunto y relativa".

⁴³³ PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit. No obstante estas discusiones doctrinarias en torno al alcance y contenido de la cláusula "Estado social de derecho", desde el punto de vista estrictamente jurídico su situación también resulta abiertamente discutible. Precisamente, en Alemania, a partir de 1949, señala PAREJO ALFONSO, son famosas las discusiones sobre esta materia. Entre las más importantes se pueden destacar las sostenidas por HANS PETER IPSEN, ERNST FORSTHOFF y OTTO BACHOF. Para IPSEN, la incorporación de la cláusula del Estado social de derecho implica consideraciones materiales para el Estado. No es una simple cláusula hueca, ni constituye una declaración de buena voluntad para el Estado. Significa el establecimiento de responsabilidades y competencias para la configuración del orden social. Aunque admite que el Estado de derecho puede significar obstáculos o limitaciones a la función social del Estado, ésta debe interpretarse acorde con aquélla. De esta manera IPSEN respondía a quienes sostenían que la cláusula del Estado social no era más que un concepto en blanco carente de sustancia y sin un preciso contenido normativo. La concepción de FORSTHOFF parte del presupuesto de que, con independencia de la consagración constitucional, el Estado social ya está garantizado por algunos sectores del derecho, como el administrativo y el laboral. Su inquietud radica fundamentalmente en las relaciones entre el Estado de derecho y el Estado social. El primero en cuanto orden jurídico y el segundo en cuanto realidad sociológica de las cosas. Frente a este dilema, plantea la ausencia de conexión entre el Estado de derecho y el Estado social. Una cosa es la sumisión al orden jurídico y otra la realidad social. En este sentido, sostiene PAREJO ALFONSO, la concepción de este autor hace pensar que una cosa es la sumisión al derecho conectado a la Constitución y otra el fenómeno de lo social que vincula con mayor propiedad a la administración: "El Estado social y el Estado de derecho no son susceptibles de mezcla en el plano constitucional. El espacio propio de desarrollo del Estado

discutido a propósito de la Constitución de Weimar, lo que se tiene de la Ley Fundamental de Bonn, es otra cosa en el mundo de la ciencia jurídica, es el advenimiento de una nueva organización política fundada en fórmulas transaccionales sociales, que, como bien lo destacaba Heller en sus apreciaciones fundantes del concepto, eran las que hacían las diferencias entre lo formal del Estado de derecho y lo material del Estado social y democrático de derecho, fue este el sentido y el carácter con que se entendió y ha entendido desde entonces, en la doctrina, el alcance de las manifestaciones de esta Constitución, en torno al papel social y democrático del Estado de derecho, no obstante la oposición inicial de las fuerzas de ocupación aliada⁴³⁴.

social es el de la ley y el de la administración. El Estado social es la denominación tipológica de un Estado, que comprende la Constitución, la legislación y la administración, pero no es un concepto jurídico". De donde se puede concluir que para FORSTHOFF estamos frente a dos asuntos diversos, no subsumibles en uno solo. Lo social es nominativo para el Estado, pero fuente de obligaciones para la administración y el legislador. El pensamiento de BACHOF se sustenta en la idea de que la declaración del Estado social significa evidentes competencias para el Estado en la configuración del orden social, mediante la justicia social y el rompimiento de las desigualdades sociales, que obligan a que los principios fundamentales sean entendidos en esta perspectiva del Estado social, principalmente aquellos que desarrollan el concepto de la igualdad. En este sentido, se generan obligaciones para cada uno de los poderes públicos en la configuración de ese orden social, en especial para el legislador: "El Estado de derecho y el Estado social son realizables y están realizados en parte en el plano constitucional y en parte en el plano del ordenamiento infraconstitucional. Para el Estado de derecho el punto de gravedad radica en la Constitución, mientras que para el Estado social ese punto se sitúa en el derecho infraconstitucional". En últimas, para BACHOF los principios de Estado social y de Estado de derecho están en un mismo plano de valor jurídico, el constitucional, aunque se desarrollan en diferentes planos del ordenamiento normativo. De los anteriores planteamientos se pueden deducir tres situaciones importantes de la cláusula del Estado social de derecho: la primera de ellas es que el concepto vincula cualquier interpretación que se pretenda del ordenamiento jurídico, esto es, de la totalidad de elementos integrantes del bloque de la legalidad. Estructura, a no dudar, un principio de hermenéutica constitucional. En segundo lugar, que el concepto, en cuanto principio del ordenamiento y del constitucionalismo, genera fuerza vinculante directa para los poderes públicos: para el legislador, en cuanto le crea la necesidad de determinar lo que propiamente constituya el contenido de todos aquellos elementos predicables de lo social. Para la administración, en nuestra opinión, no solo la obligación de cumplir la legalidad determinada para lo social, sino que le hace nacer una clara facultad normativa, reguladora de todo aquello que le pueda competer en cuanto a la función social del Estado. Esto es, que independientemente de la existencia de una norma de carácter legal la administración, en razón de su poder central y decisivo en la ejecución de las finalidades estatales, adquiere, en virtud del postulado del Estado social de derecho, competencia suficiente reguladora para asumir las responsabilidades propias del Estado social de derecho. Por último, el tercer aspecto del Estado social de derecho, emanado de este análisis evolutivo, tiene que ver con un aspecto que analizábamos al inicio de este trabajo y es el relacionado con el elemento finalístico en el cual se encuentra incurso la cláusula del Estado social de derecho, que hace que el Estado deba procurar hacer efectivas sus decisiones sociales: esto es, debe ser eficaz en la materialización de las finalidades propuestas. De aquí que se plantee dentro del Estado social de derecho la necesidad de medir y cuantificar su eficacia y, obviamente, en razón de la naturaleza finalística del mismo, medir los resultados obtenidos.

⁴³⁴ ABENDROTH. "El Estado de derecho democrático y social como proyecto político", cit., pp. 21 y ss. La ley Fundamental de Bonn fue el resultado de un compromiso en el que se tuvieron en

La Ley Fundamental de Bonn unió dos aspectos trascendentes de la fórmula constitucional el concepto de Estado social y el de Estado social de derecho para expresar que en su conjunto no solo encierra exigencias concretas de los individuos de frente a los poderes públicos, sino que también, y esto resulta ser lo más importante de la relación, contiene imperativos y exigencias orientadas de manera clara e inequívoca, a determinar, que el sistema democrático tan solo tiene sentido y significancia, y en consecuencia operar materialmente “[...] *si ésta se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico [...]*”⁴³⁵, se trata, por lo tanto, de una visión del Estado democrático y social que tiene por finalidad, transformar paulatinamente y de manera global a la sociedad, sustituyendo las viejas bases económicas de la misma, fundadas en aparentes, limitadas y oligopólicas economías de mercado⁴³⁶.

Sin embargo, la propuesta transformadora del Estado social y democrático de

cuenta múltiples tendencias, sobre todo las que representaban al capital y al trabajo. “[...] Pero como no era posible a la vista de la posición de los aliados hacer triunfar las reivindicaciones relativas a la estructura de la propiedad, a la dirección de la vida económica y a la organización social, hubo que conformarse con afirmar el sistema liberal de derechos fundamentales en su mayor parte e incluir, al menos como contrapeso, la fórmula del Estado de derecho democrático y social. Quedó así claro que ese Estado que ahora nacía, en modo alguno deseaba instaurar el orden social y económico que sirvió de base a la aparición del Tercer Reich [...]”.

⁴³⁵ ABENDROTH. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, cit., p. 30. Se queja ABENDROTH de que diversas posturas doctrinales le hubieran hecho perder en parte a la cláusula el significado y alcance con la cual se le incorporó en la Ley Fundamental, principalmente en el divorcio entre el carácter del Estado social y el del estado democrático. En esto critica las posturas de FORSTHOFF, quien siempre consideró innecesaria la postulación constitucional del Estado social. “[...] Forsthoff, en su análisis sobre la fórmula recogida en la Ley Fundamental respecto del Estado social de derecho, llegaba prácticamente a la conclusión de que se trataba de una mera fórmula de propaganda, de compromiso formal en el sentido de Carl Schmitt, que carecía de todo contenido concreto y a la que no se le puede someter a interpretación; por lo tanto no tenía relevancia jurídica alguna [...]”, esto en la medida en que el Estado era de por sí social, en cuanto interventor de la vida económica para corregir imperfecciones, sostenía FORSTHOFF. Para ABENDROTH, bajo la concepción de FORSTHOFF, “[...] la fórmula del Estado social y de Estado social de derecho ha perdido toda conexión con la fórmula del Estado de derecho democrático y social [...]”. De manera concreta expone FORSTHOFF (“Problemas constitucionales del Estado social”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45) en relación con su tesis lo siguiente: “[...] El Estado de derecho y el Estado social no son compatibles en el plano constitucional y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como una ley fundamental. Por otra parte, el Estado social es una realidad y esto no solamente de un modo fáctico, sino también en un sentido jurídico. Esta realidad se manifiesta en un conjunto de leyes y de funciones estatales ordenadas por éstas. Teniendo esta realidad su lugar dentro de la constitución, influye ella sustancialmente en la estructura constitucional [...]”.

⁴³⁶ ABENDROTH. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, cit., pp. 41 y 42.

derecho no se hace por fuera o con el desconocimiento del hombre y sus derechos y sobre todo sobre la base del desconocimiento o atropello a la libertad natural que a la condición humana le es inherente. La cláusula constitucional en comento se origina también, y muy particularmente, bajo el respeto al individuo y su libertad siempre y cuando ésta no impida, o haga nugatorios los propósitos de la sociedad⁴³⁷.

En este sentido, puede afirmarse sin lugar a equívocos, que el concepto de Estado social y democrático de derecho en cuanto fórmula transaccional no enerva en manera alguna la situación del hombre en la sociedad, todo lo contrario la enaltece, ubicándolo dentro del contexto de lo social, brindándole todos los elementos necesarios para que el hombre se realice y desarrolle libremente, de sentido a su vida y a sus aspiraciones, pero en sociedad. Libertad garantizada en condiciones de igualdad para su ejercicio. El derecho a ser libres no es objeto de maltrato conforme a los postulados del Estado social y democrático de derecho, es aquí la gran diferencia con los sistemas absolutistas⁴³⁸.

La fórmula en cuestión reviste, por lo tanto, una fuerte y determinante connotación finalística en la consolidación de los propósitos sociales, en consonancia con la libertad e igualdad de las personas, bajo los designios de lo

⁴³⁷ CARL SCHMITT. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 136. El concepto de Estado social de derecho implica romper las fronteras entre Estado y sociedad, trasladando al primero un papel protagónico en la "autoorganización" de esta última: "El Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que solo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo". En este sentido, para este pensador el problema económico, cultural, de previsión, de la sociedad lo son también del Estado, que debe por lo tanto generar y facilitar soluciones efectivas a los mismos, por cuanto le pertenecen.

⁴³⁸ KARL DOEHRING. "Estado social, Estado de derecho y orden democrático", en *El Estado social*, cit., pp. 157 y ss. La cláusula de lo social involucra de por sí el respeto a la libertad individual y su garantía en el orden constitucional. "[...] Lo social es aquí en primer lugar el establecimiento de la oportunidad de libre desarrollo del ciudadano en la sociedad [...]". Lo social no puede agotarse en la idea de mera ayuda o asistencia al ciudadano desvalido. "La ayuda ciertamente no puede faltar, pero ésta deberá ser siempre subsidiaria; ya que tal necesidad no descansa en una configuración positiva de la vida individual y en la configuración del Estado o de la sociedad, sino precisamente en su fracaso [...]". En este sentido, el concepto de lo social va más allá de esta mera apreciación circunstancial: implica también garantía de respeto al libre desarrollo de la personalidad.

social; en la realidad de las cosas, la fórmula no está reservada o simplemente limitada a sustentar constitucionalmente una especie de justicia distributiva y asistencialista, sino también, toda la actividad interventora y ordenadora de la sociedad en procura de los fines propuestos, generando a partir de la fuerza estatal, orden, y sobre todo seguridad jurídica y confiabilidad en el derecho a todos los asociados, derivando en consecuencias garantías para el ejercicio de la libertad; el concepto está impregnado necesariamente del contenido de los derechos fundamentales y de las garantías necesarias para su defensa y aplicabilidad. En este sentido, bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho, los derechos fundamentales fijan la posición de la persona humana frente al Estado, debiendo este, respetarlos integralmente en cualquier posición y situación en que los mismos entren en juego, estando impedido por lo tanto una vez formulados desfigurarlos o desconocerlos⁴³⁹.

1.1.2. El Estado social de derecho y la idea de *Daseinsvorsorge*. El servicio público y la procura existencial: ¿dos hermanos no muy distantes?

El llamado criterio de la procuración de existencia vital, también conocido como el criterio de la administración pública servida bajo la idea de *Daseinsvorsorge*, o de la administración abastecedora, corresponde a los trabajos desarrollados por Ernest Forsthoff principalmente en su ya clásico artículo de 1938 en relación con “*La administración como prestadora*”, idea y concepto posteriormente reiterados, ya en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn, en algunos de sus escritos referidos con el alcance de la cláusula del Estado social de derecho incorporada en la mencionada Ley Fundamental y que le sirvieron en 1959 para publicar “*Cuestiones jurídicas de la administración prestadora*”, con el cual pretendía afianzar su teoría en relación con el concepto de la procura existencial y el papel estelar de la administración en torno a estos propósitos precisamente como una idea vinculada al concepto de lo social desde la perspectiva constitucional⁴⁴⁰.

⁴³⁹ *Ibíd.*, pp. 127 y ss.

⁴⁴⁰ NURIA MAGALDI. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 65.

La procura existencial⁴⁴¹, incorpora toda una concepción sociológica y teleológica, que retoma en esencia elementos interventores y prestadores propios de la concepción francesa de los servicios públicos⁴⁴², y que tras la expedición de la Ley Fundamental de Bonn, se reconduce como visible efecto de los postulados del Estado social de derecho, por lo menos, así se desprende de las diferentes exposiciones de Forsthoff, en las justificaciones a su famosa disgregación de los conceptos de Estado de derecho del propiamente social de derecho, que tantas críticas le mereció en la doctrina de

⁴⁴¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. “La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”, cit. Con la expresión “procura existencial” se titula la tesis que sobre el carácter prestacional de la administración moderna instituye la doctrina alemana en el concepto de *Daseinsvorsorge* y cuyos efectos resumió en los términos *Leistende Verwaltung*. explica sus alcances en el idioma castellano en los siguientes términos: “Dicho término es un conglomerado de tres raíces distintas: la palabra *Sorge*, que significa cuidado, atención, dedicación; el término *Vor* es una preposición que encierra la idea de precedencia o anterioridad, ya sea en el tiempo o en el espacio: antepuesta aquí al término *Sorge* viene a expresar conjuntamente el significado de preocupación, procuración, cuidado preventivo, prevención, etc.; la palabra *Dasein*, por fin, sirve para denominar la propia existencia humana. El conjunto de los tres términos nos da, pues, como traducción de la palabra *Daseinsvorsorge*, la idea de preocupación por la existencia humana, de preocupación de los presupuestos vitales o, mejor aún, superando la traducción estrictamente literal para referir su contenido ideológico, la idea de asistencia vital o de prestaciones vitales [...]. Se quiere expresar, por tanto, una actividad que dice relación con la existencia o con la vida humana en su más pleno sentido. La otra expresión, *Leistende Verwaltung*, es ya de más fácil traducción en cuanto que *Verwaltung* significa [...] administración, y *Leistende* es un adjetivo derivado del verbo *leisten*, que quiere decir abastecer, proporcionar. Se trata, pues, de la administración que abastece, que proporciona, que actúa directamente para poder abastecer y proporcionar bienes a los administrados” (pp. 37 y 38).

⁴⁴² De cierta manera la doctrina encuentra puntos de encuentro entre la teoría del servicio público y la procura existencial en este sentido puede consultarse a BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit. Posición crítica a este acercamiento se observa en el trabajo de MARTÍN BULLINGER “El servicio público francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania” (en RAP, n.º 166, 2005), para quien las dos concepciones tienen puntos de partida totalmente diferentes; sus fuentes y desarrollos corren por caminos diversos. Mientras DUGUIT en Francia deja entrever en sus trabajos la configuración de un Estado restringido a lo estrictamente necesario para la prestación de los servicios públicos, FORSTHOFF en Alemania se refería en esencia a un Estado de bienestar omnipotente o total con una competencia general en todos los órdenes. “[...] según Duguit, la concepción, en el fondo liberal, de la república burguesa como unidad suprema prestadora de servicios cuidadosamente limitados; según Forsthoff, la idea conservadora y romántica del Estado como suprema comunidad de convivencia con responsabilidad general para con el bienestar de sus miembros [...]”. Mientras DUGUIT partía del concepto de fraternidad traducido en el de solidaridad social y cooperación de servicios públicos, FORSTHOFF no incursionaba para nada por estos senderos sociológicos y filosóficos: su punto de partida estuvo siempre fundado en el ideal del Estado autoritario. “[...] Debido a ello, la subordinación a la omnisciencia de los gobernantes (principio de autoridad) era el elemento decisivo de la procura existencial, no la cooperación en la solidaridad según Duguit [...]”. En definitiva, las dos tesis parten de conceptos antagónicos como son los de solidaridad, en la construcción de DUGUIT, y el de subordinación, en la teoría de FORSTHOFF.

su época⁴⁴³.

Como realidad sociológica sus fundamentos se decantan de las inevitables relaciones entre Estado y sociedad, y las responsabilidades de la administración en procura del suministro de los bienes y servicios requeridos para nivelar las condiciones de vida del hombre en sociedad. En consideración de Forsthoff, el principal y más importante órgano del Estado, como lo es la administración pública, tiene en este sentido importantes atribuciones para hacer presencia ante la crisis del hombre en el contexto de una sociedad que lo ahoga e impide que mediante sus esfuerzos individuales satisfaga plenamente sus necesidades vitales. De esta forma llega a sostener que el Estado, mediante la administración, debe procurar al individuo el acceso a las ventajas y beneficios de la tecnología y el desarrollo: hacerle óptima su estancia en la vida, situación que en razón de las complejidades de la vida moderna, le resulta al individuo imposible conseguir de manera aislada⁴⁴⁴.

El ser humano, sostiene Forsthoff, en el transcurso de los años –siglos XIX y XX– ha visto transformar de un modo decisivo su existencia individual en la dirección de un evidente deterioro de su espacio vital, tanto el individual, esto es, el que dominaba a través de sus propias fuerzas del cual era amo y señor – la casa, el taller, su pequeña huerta, el corral y sus dependencias, los animales

⁴⁴³ FORSTHOFF. "Problemas constitucionales del Estado social", cit., pp. 43 y ss. En el mismo sentido puede consultarse de este autor: "Concepto y esencia del Estado social de derecho", en *El Estado social*, cit., pp. 69 y ss. Para FORSTHOFF, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, las cláusulas de Estado social y de Estado de derecho resultaban absolutamente incompatibles dentro de un mismo plano constitucional. Precisamente en la primera de las obras, al abordar el problema del alcance de la cláusula del Estado social indica FORSTHOFF lo siguiente: "[...] La cuestión que se plantea es si dos estados tan distintos, con estructuras jurídicas tan diferentes como las del Estado social de prestaciones y las del Estado de derecho de libertades pueden ser acoplados en una misma constitución [...]", inquietud a la cual brindó FORSTHOFF una respuesta negativa, no aceptando su posición simultánea en un mismo plano y sobre todo reconduciendo el concepto de lo social a un concepto abierto, sin contenido determinado y absolutamente imposible de definir. "[...] Cualquier intento de plasmar en una fórmula conceptual al Estado social corre el riesgo de sufrir interpretaciones tan contradictorias como las del término social. Adaptando una expresión humorística sobre el romanticismo está uno tentado a decir: social es un *indefinibles definiens*. Bajo estas consideraciones, estimo que las afirmaciones generales sobre Estado social son de escasa utilidad [...]". El Estado es esencialmente un fenómeno de fuerza, de poder, de dominación, y demanda obediencia. En este sentido, para FORSTHOFF el Estado no es el social: el Estado, por medio de la administración, cumple cometidos sociales, que es diferente; el Estado puede asumir funciones sociales con miras a brindar asistencia al hombre incapacitado de obtener por sí mismo los niveles vitales de vida que su existencia reclama.

⁴⁴⁴ FORSTHOFF. "Problemas constitucionales del Estado social", cit., pp. 47 y ss.

etc.–, como el común o efectivo, aquel que lo nominaba como un ser que hacia presencia en una determinada sociedad dentro de la cual se desarrollaba y de la cual obtenía ciertas ventajas –vías, ferrocarriles, comunicaciones, servicios públicos etc.

Lo que se observa desde los comienzos del siglo XIX, por lo menos en Europa, indica Forsthoff, en relación con el espacio vital individual, es una paulatina y sucesiva renuncia del mismo, no por voluntad propia, sino básicamente por el aumento desmesurado de la población que ha desplazado al hombre de esos beneficios que le proporcionaba la individualidad⁴⁴⁵ y que a no dudarlo impactaron en el espacio vital efectivo en la medida en que provocaron su ampliación y adecuación a las nuevas necesidades⁴⁴⁶.

Forsthoff ejemplifica este nuevo contexto que debe enfrentar el Estado a través de la administración, enfatizando la incidencia de la conmoción social sobre el mismo⁴⁴⁷. La fuerza irresistible de los acontecimientos sociales provocada por la expansión técnico industrial; el desarrollo casi sin transición al régimen de gran ciudad; el rápido aumento de la población multiplicada en el curso de un siglo; los movimientos migratorios; la aglomeración de grandes masas de población en espacios reducidos, todos estos factores han influido consecuente y necesariamente en el Estado, llevándolo a afrontar una penosa realidad

⁴⁴⁵ Ídem. En la fundamentación de su tesis FORSTHOFF es demasiado gráfico, aunque poco científico. Deduce lo que le parece adecuado y elemental en relación con el problema al cual le pretende dar una solución jurídica. Sostiene sobre las causas de esta ruptura lo siguiente: “[...] El paso de la casa y el corral a la casa de alquiler, piso, cuarto amueblado o hasta el mero lugar donde se duerme, son renunciadas sucesivas al espacio vital dominado [...]”. Estas renunciadas, por lo demás, no queridas ni deseadas por el hombre mismo, implican renunciadas a garantías sustanciales de su existencia individual. “[...] El hombre sin espacio vital que domine, que no puede sacar el agua del pozo, que no puede recoger en el bosque la leña que necesita para el hogar, que no puede obtener del huerto o del establo los alimentos necesarios, vive en una situación de notoria necesidad [...]”. El hombre depende en consecuencia, para su supervivencia, de otros mecanismos y acciones, “[...] Depende de un puesto de trabajo con un salario que le permita obtener al menos el mínimo vital para sí y para su familia, y si no tiene trabajo necesita una ayuda en dinero [...]”.

⁴⁴⁶ Ídem. En la medida del decrecimiento de la subsistencia individual crece la presencia social de servicios y de atenciones comunales al desvalido, así lo deja ver la teoría de FORSTHOFF cuando encuentra coherente el aumento del espacio vital colectivo en la medida en que se observa la reducción del vital individual: “[...] Esta reducción del espacio vital dominado tiene su contrapunto en la extraordinaria ampliación del espacio efectivo vital que el progreso de la técnicas ha hecho posibles [...] Este desarrollo es para la estructura del Estado de gran repercusión [...]”.

⁴⁴⁷ MAGALDI. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*, cit., p. 71.

sociológica: la ostensible reducción de los niveles de vida y la imposibilidad de sus ciudadanos de subsistir tanto en sus espacios vitales individuales como en los comunitarios, que se degradan cada vez más⁴⁴⁸.

Este nuevo mundo trajo consigo para la administración la más radical transformación de sus responsabilidades. Del ámbito exclusivamente vigilante pasó al mucho más actuante, directo y protagonista en la prestación de servicios, en el suministro de bienes necesarios para la comunidad. De una mentalidad y formación funcional estrictamente estática se traslada el Estado, y en consecuencia su administración, a un mundo en donde sus cometidos y su objeto están determinados por el orden social, por su formación justa y adecuada. Nos encontramos, por lo tanto, sostiene Forsthoff, “*en el terreno de la justicia distributiva y conmutativa*”, para un conglomerado humano que no se enfrenta a la administración de manera independiente, “*sino en situación de dependencia. El individuo necesita para su vida diaria de los servicios de la administración*”, necesita de su “*asistencia vital*”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ FORSTHOFF. “Problemas constitucionales del Estado social”, cit., pp. 47 y ss.

⁴⁴⁹ FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, cit., pp. 61 a 68; 96 a 119 y 473 a 480. El fenómeno del Estado comprometido con el orden social lo sitúa FORSTHOFF en una etapa posterior a la del simple Estado liberal, en el que la administración debe entrar a adoptar posiciones activas en el restablecimiento de unas condiciones de vida normales para una población necesitada de servicios básicos y requirente de la adecuación de sus espacios vitales entorpecidos o perdidos en el conflicto social del mundo técnico e industrial. En este sentido, “el orden social no es para el Estado un dato, sino cometido y objeto de formación [...]. En efecto, el presupuesto de la acción estatal es que la situación social debe de ser mejorada”. Para estos efectos, FORSTHOFF maneja dos conceptos básicos en sus trabajos: el de “espacio o ámbito vital de dominio o señorío” (*der beherrschte Lebensraum*) y el de “espacio o ámbito vital colectivo o efectivo” (*der effektive Lebensraum*); mediante el primero identifica al individuo en su círculo de influencia, donde manda y domina. Ostenta relaciones de señorío sobre bienes básicos e indispensables para su subsistencia personal. Este espacio le concede independencia y autosuficiencia; el segundo describe las relaciones sobre una serie de objetos respecto de los cuales no ejerce ninguna propiedad o señorío, pero que los utiliza en común con otros sujetos (véase al efecto el trabajo de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *La administración*, cit.). La pérdida de estos ámbitos o su deterioro es la que llama urgentemente la presencia de una administración actuante. En la práctica, la imposibilidad de convivencia por la pérdida del ámbito de señorío, o la desmejora del ámbito colectivo, hace que el individuo hoy “no se enfrente con la administración independientemente, sino en situación de dependencia. El individuo necesita para su vida diaria de los servicios de la administración, su capacidad de trabajo se halla en gran medida bajo el poder de disposición del Estado, y como sujeto económico está inserto en el sistema de planificación estatal. Todo esto significa que en la utilización de los medios de protección jurídica contra la administración el individuo no posee ya la libertad que era evidente en el siglo XIX” (FORSTHOFF. Ob. cit.). El criterio de FORSTHOFF se desarrolla evidentemente en el contexto de lo socio-jurídico, en las relaciones inseparables entre la sociedad y el Estado: “La Constitución jurídico liberal empieza y acaba con la separación de Estado y sociedad. Pero esta afirmación ha sido objeto de crecientes contradicciones [...]. En nuestro tiempo, en que las funciones del Estado se han confundido

Como se observa, bajo la construcción doctrinal de Forsthoff, el desbalance entre las necesidades que el hombre no puede satisfacerse por sí mismo y las que requieren para conformar el mínimo vital debe provéelo el Estado a través de medidas organizadas que garanticen amplios mecanismos de abastecimientos. Corresponde, por tanto, al Estado, acudir en subsidio de esas prestaciones deficientes e imposibles de consolidar individualmente por los asociados. El Estado a través de la administración suple las deficiencias de sus asociados garantizando los niveles necesarios de sus espacios vitales, mediante el abastecimiento de bienes y servicios. El Estado, por lo tanto, abandona su tradicional papel de simple garante del orden y la libertad, y asume funciones importantes en respuesta a la ruptura de los espacios vitales de los individuos, quedando, por lo tanto, el individuo, en consecuencia, literalmente en manos del Estado.

En este sentido, la administración, explicada desde la perspectiva de la procura existencial, va mucho más allá de las simples estructuras liberales del Estado clásico de derecho. El concepto de libertad garantizada es otro: el del hombre en comunidad, retribuido en su espacio vital. La administración y el Estado se explican mediante conceptos de participación y prestación, que superan incluso el de la mera intervención. La administración no se agota en simples intervenciones, debe procurar acciones mucho más directas y decisivas en la solución de las deficiencias sociales y en el restablecimiento de los espacios vitales rotos por la complejidad del mundo moderno. La administración es así, ante estos imperativos, sustancialmente abastecedora y de servicios⁴⁵⁰.

inextricablemente con los procesos sociales, no podría ya hablarse en modo alguno de una separación de Estado y sociedad. Los que así argumentan no han comprendido el dualismo entre Estado y sociedad. Lo entienden como la disociación de dos campos distintos: pero no se trata de eso. Más bien significa la ordenación lógica y necesaria de dos formas de 'ser social' ". El Estado moderno no puede evadir sus responsabilidades sociales, incluso frente al mismo fracaso de la sociedad. "El bienestar de todos depende de la capacidad de funcionamiento de la economía. Por ello el Estado se halla ligado a las relaciones de poder en la sociedad y se halla mezclado en las confrontaciones políticas que versan sobre tales temas". El Estado no ha muerto. ERNST FORSTHOFF. *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975, pp. 27 a 39.

⁴⁵⁰ FORSTHOFF. "Concepto y esencia del Estado social de derecho", cit., pp. 79 y ss. La administración moderna es de por sí compleja, no solo interviene sino que también protege y ayuda.

En este contexto, Forsthoff vincula los elementos característicos del concepto de la procura existencial a las finalidades propias del Estado social. Esta modalidad de Estado, sostiene, a diferencia del estructurado a partir de ideas autoritarias, o inclusive del simple Estado de derecho, “*es un Estado que garantiza la subsistencia y, por lo tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riquezas [...]*”, bajo condiciones sociales adecuadas, lo contrario podría llegarse a situaciones de manipulación de las necesidades públicas que generarían prácticamente la dependencia absoluta del individuo del Estado, senderos inaceptables de *servidumbre*, situaciones estas, absolutamente reprochables, y de imposible concepción bajo un esquema realmente democrático, en este sentido, el disfrute de los beneficios del Estado abastecedor dependerá ante todo de un comportamiento político adecuado y ajeno a cualquier pretensión por fuera de los marcos de lo estrictamente social⁴⁵¹.

Lo anterior en cuanto que el Estado social es además un Estado prestador de servicios, sus funciones sociales, se traducen realmente en funciones de servicios que están dirigidas a materializar la actividad referida a prestaciones que requieren los asociados y buscan ante todo lograr una existencia digna para cada uno de los individuos. En este sentido de imposible confusión, bajo el esquema del estado social, los conceptos de función social con la de dominación de la sociedad propia de los sistemas absolutistas⁴⁵².

1.1.3. El alcance de la cláusula del Estado social de derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El artículo 1 constitucional define al Estado colombiano, de manera clara e irrefutable, como un Estado social, democrático, participativo y pluralista fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁴⁵¹ FORSTHOFF. “Problemas constitucionales del Estado social”, cit., pp. 51 y ss. “[...] Un Estado que se aproveche de las necesidades sociales de sus súbditos para aumentar su poder de dominación es en la realidad un estado total [...]”.

⁴⁵² Ídem. Puede consultarse asimismo MAGALDI. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*, cit., p. 139.

La Corte Constitucional se ha ocupado de la definición del Estado social de derecho y de sus repercusiones en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, acepta la Corte que la cláusula no es una cláusula en blanco, ni mucho menos una “muletilla retórica o filantrópica del Estado colombiano”: constituye un cambio cualitativo y cuantitativo en las finalidades estatales: “Desde este punto de vista, el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad”. Lo anterior implica consecuentemente “Una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular, y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”⁴⁵³

La cláusula del Estado social de derecho conlleva un correlativo sistema de asistencia mutua, tendiente a la solución de los conflictos que atentan contra la vida en comunidad. Este sistema se materializa en la existencia del fenómeno de la solidaridad, el cual no es otra cosa que la relación recíproca o de interdependencia que debe existir entre el Estado y sus asociados, e incluso entre los miembros de la misma sociedad, en una especie de solidarismo que se relaciona indiscutiblemente con otro aspecto constitucional como es el del pluralismo y la tolerancia. La Corte Constitucional considera que la solidaridad, al ser establecida en el texto constitucional, ha dejado de ser un imperativo ético “para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad [...] compromete a la sociedad entera y al Estado”⁴⁵⁴.

Las obligaciones que emanan del Estado social de derecho encuentran para su aplicación respaldo efectivo en principios como el de la solidaridad: “la dignidad humana y la solidaridad son principios fundamentales del Estado social de

⁴⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992.

⁴⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-533 del 23 septiembre de 1992.

derecho [...] Toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social [...] El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados”⁴⁵⁵. Configura un evidente principio rector de la actividad de los poderes públicos que de manera integral vela por la dignidad humana⁴⁵⁶.

La cláusula inspira la idea de la redistribución y de la ruptura de las desigualdades que se observan en la sociedad, propendiendo por el equilibrio, no sólo en los aspectos económicos, sino en todos aquellos ordenes y aspectos necesarios para la consolidación de la paz social y la dignidad humana, así sea interviniendo directamente en los fenómenos económicos, políticos, culturales y de otros géneros que puedan verse afectados, o creando las condiciones para que la misma sociedad sea la que lleve la iniciativa en ese equilibrio de convivencia que se espera. Equilibrio que el constituyente asimila al concepto de justicia o de orden justo. Infortunadamente, la fórmula constitucional pretende limitar el orden que lleve al equilibrio social a un orden estrictamente económico. La justicia social, como lo advertimos, se logra tan solo en la medida en que la plenitud de los elementos de lo social se equilibre dentro del Estado⁴⁵⁷.

En este sentido, el concepto de lo social traducido a norma constitucional en el

⁴⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-533 del 23 septiembre de 1992.

⁴⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425/05. Véase igualmente: Sentencia C-499 de 1992. “La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le auna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia.”

⁴⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 740 de 2003 “[...] En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales [...]”.

derecho nacional proyecta al ordenamiento superior y en especial la acción de las autoridades en una proyección finalística, teleológica, de búsqueda permanente y de materialización de la prosperidad general, pero también, en cuanto es de la esencia de lo social y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tanto para la comunidad en general como en relación con los individuos en particular, por lo tanto, el papel de la administración pública y de sus autoridades es fundamental. Esta la razón por la cual la Corte Constitucional, entiende que, “[...] nuestro Estado social de derecho busca lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población, con miras a lograr la efectividad de los derechos [...]”⁴⁵⁸, bajo este contexto, el concepto excluye de manera perentoria cualquier posibilidad, de cualquier actuación o decisión de los agentes públicos en su propio provecho o en el de terceros bajo inspiraciones subjetivas, toda actuación de los poderes públicos debe hacerse de por razones sociales⁴⁵⁹ y de frente a los intereses generales de la comunidad⁴⁶⁰.

Conforme con lo expuesto, se observa la tendencia de la Corte Constitucional de integrar, dentro de los propósitos de la cláusula constitucional del Estado

⁴⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-040 de 2004. “[...] En estas condiciones el Estado colombiano debe ser no sólo un verdadero promotor de la dinámica colectiva sino además el responsable del acceso de todos los ciudadanos a las condiciones mínimas de vida que garantizan el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, por ello no es gratuito que el Constituyente haya prescrito en el artículo 366 de la Carta que ‘*El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado*’. Para el logro de esa finalidad resulta relevante que el Estado oriente su política y recursos a la prestación eficiente y responsable de servicios como la Seguridad Social y la Salud, derechos irrenunciables éstos que no siendo los únicos de carácter prestacional son primordiales para la obtención de mejores condiciones de subsistencia de los sectores más deprimidos y necesitados de la población colombiana, ello en observancia de los compromisos de carácter prestacional adquiridos en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros [...]”.

⁴⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 740 de 2003.

⁴⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 397 de 1998. “[...] El Estado social de derecho se construye a partir del reconocimiento del ser humano como sujeto autónomo, dotado de razón, cuya realización integral debe promover el Estado, garantizándole condiciones dignas para el desarrollo de sus potencialidades, condiciones que se anulan y diluyen en contextos en los que prevalezca el interés mezquino de quienes anteponen los suyos particulares a los de la sociedad, incluso desdeñándolos y sacrificándolos, mucho más si para ello hacen uso indebido del aparato administrativo que conduce el Estado, de los recursos que lo nutren, y del ejercicio de las funciones propias de la administración pública, conductas que por lo general se identifican en los tipos penales que describen prácticas corruptas [...]”.

social, por esencia jurídica, elementos propios del progreso económico en lo que se conoce como condiciones de bienestar o comúnmente como Estado de bienestar, que como observamos, desde el punto de vista de su naturaleza son fenómenos diversos, pero que, eventualmente, los segundos pueden lograrse, o son aspiraciones propias, entre otras también, de las organizaciones estatales constitucionalmente definidas como Estados sociales⁴⁶¹.

El contenido social del Estado de derecho diseñado en el marco constitucional, se proyecta de manera importante y trascendente en el ámbito de los servicios públicos, la constitución los considera inherentes a las finalidades sociales del Estado, por lo tanto vinculados a la problemática de la comunidad y generadores de profundas responsabilidades de gestión, prestación y eficiencia por parte de los poderes públicos en especial por la administración⁴⁶², garantizando de esta manera derechos fundamentales de los asociados⁴⁶³. De

⁴⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-040 de 2006. “[...] No obstante, es deber recordar que el principio de Estado social de derecho, como estructura básica de nuestro ordenamiento constitucional, implica en primer lugar, que el Estado tiene un constante deber con las personas de proporcionarles bienestar. En este orden de ideas, el propio Estado debe poner un mínimo de bienes y servicios, materiales y espirituales, al alcance de los individuos y propender porque todos los colombianos tengan empleo, seguridad social, educación, etc.; sin embargo dichos bienes no pueden ser suministrados coactivamente [...]”. Sentencia C-538 de 1995. “[...] En la concepción misma de Estado social de derecho, que presenta como característica esencial el propósito de la consecución del bienestar general, definido en sus prioridades y componentes por la misma sociedad, representada en los agentes que para el efecto elige. Esto implica, que la materialización de las metas y objetivos que contribuirán al logro de ese bienestar social general, esté bajo la responsabilidad directa de aquél que fue elegido por haber logrado que la mayoría aceptara y compartiera su propuesta sobre el plan a seguir para alcanzar, por lo menos parcialmente, esos propósitos; los candidatos se tornan planificadores y consolidan propuestas que contienen los programas y proyectos que a su entender responden a las expectativas y necesidades de la comunidad, y ésta, a través del voto, manifiesta cual de ellas es la que efectivamente corresponde a sus aspiraciones [...]”.

⁴⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 636 de 2000. “[...] La realización y la eficacia sustantiva del Estado social de derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas. La prestación del servicio tiene como destinatario a los usuarios, esto es, a quienes son titulares de dichas necesidades y demandan por consiguiente su satisfacción [...]”.

⁴⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-060 de 2005. “El Estado social de derecho, principio fundante incorporado en la Constitución de 1991, produjo un cambio radical en la forma de entender el Estado Colombiano. Esta concepción trajo consigo, ya no solo el respeto por parte del Estado de los derechos fundamentales, sino que aunó la necesidad imperante de que este garantice el ejercicio de dichos derechos. Es decir, el Estado ya no solo debe omitir acciones que produzcan vulneraciones en los derechos fundamentales sino que debe efectuar actos tendientes a garantizar de manera efectiva el uso y disfrute de los derechos constitucionales de carácter fundamental. De esta manera, el servicio público domiciliario es uno de los mecanismos por los que el Estado ha optado para salvaguardar de manera efectiva los derechos fundamentales. A través de la prestación de estos, se busca garantizar derechos

todas maneras, el constituyente diseñó un esquema prestacional mixto, que incorpora la iniciativa privada y la libertad de empresa como elementos fundamentales en procura del cumplimiento de sus cometidos, de todas maneras, estas vías, para nada desvirtúan la vinculación del servicio público al contexto y contenido del Estado social⁴⁶⁴.

En esta misma línea se entiende en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que instrumentos como los negociales resultan vitales para el cumplimiento de los propósitos sociales del Estado. El contrato del Estado obtiene su razón de ser, no precisamente en las consideraciones individualistas que han demarcado históricamente la figura, sino, precisamente en la posibilidad de satisfacción de las necesidades e intereses de la comunidad – interés general–⁴⁶⁵ conceptualización esta extractada de las intimidades mismas de la idea constitucionalizada de Estado social⁴⁶⁶.

como la vida, la integridad personal, la salud, la educación, etc. Pues bien, por medio de estos servicios se pretende primordialmente satisfacer en forma general necesidades de manera regular y continua, que tengan como respuesta principal la salvaguarda permanente de los derechos y deberes constitucionales.” [sic]

⁴⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 389 de 2002. “[...] Para la prestación de los servicios públicos, se permite la concurrencia tanto de particulares como del Estado, reservándose éste, de todas maneras, la regulación, el control y la vigilancia de dicha actividad. Lo anterior, dado que según el artículo 334 Superior, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá, por mandato de la ley, en las áreas allí determinadas, entre ellas la relativa a los servicios públicos. Participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, que además está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos que supone responsabilidades. Por tal razón, la Constitución prevé que el Estado, por mandato de la ley, impida que se restrinja u obstruya la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, correspondiéndole a la ley delimitar el alcance de dicha libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación [...]”. [sic]

⁴⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 de 2002. “[...] La defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron [...]”. [sic]

⁴⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 de 2000. “[...] Conviene recordar que en la Sentencia C-449 de 1992, esta Corporación enfatizó que la actividad contractual en el Estado social de derecho, es una modalidad de gestión pública que ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de derecho [...]”. [sic]

1.2. La base constitucional del Estado democrático y las responsabilidades de la administración en la definición de un modelo de negocio concesional ausente de arbitrariedad y en coherencia con el interés público y general

La idea de un Estado democrático⁴⁶⁷, no resulta ser a luz de la doctrina de fácil abordaje conceptual⁴⁶⁸, sobre todo, cuando se le vincula e integra con la cláusula constitucional del Estado social. De todas formas, en procura de lograr una aproximación operacional en torno de un concepto de democracia⁴⁶⁹, entendemos la cláusula constitucional del Estado democrático, estrechamente vinculada a la forma como se ha diseñado el marco institucional del poder y su ejercicio en el ordenamiento jurídico; sí este, su ejercicio, se sumerge, sustancialmente, por fuera de la arbitrariedad⁴⁷⁰, relegando la autocracia⁴⁷¹, y sustentándose en la igualdad y libertad para el logro de sus propósitos sustanciales⁴⁷², irradiando a partir de esta caracterización, no solo la actividad configuradora del legislador en relación con los servicios públicos y sus

⁴⁶⁷ CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2009, pp. 221 y ss.

⁴⁶⁸ SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, cit., p. 234.

⁴⁶⁹ Sobre la conformación histórica del concepto de democracia puede consultarse la acepción de democracia elaborada por NORBERTO BOBBIO en BOBBIO y MATTEUCCI. *Diccionario de política*, cit., tomo A-J, pp. 493 y ss.

⁴⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, cit., pp. 24 y ss. Del mismo autor, *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., pp. 31 y ss.

⁴⁷¹ En cuanto al dilema de administración democrática o autocrática en el contexto del Estado de derecho, puede consultarse la posición autocrática de KELSEN en *A democracia*, Sao Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 79 a 85, donde se compilan varios trabajos de este autor, entre ellos el de "Esencia y valor de la democracia". La posición reivindicatoria de una administración altamente democrática, aunque con elementos autocráticos, puede consultarse en SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, cit., p. 235.

⁴⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA. *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., pp. 66 y ss. La democracia no es un problema procedimental o adjetivo relativo a la simple integración del poder o en relación con el origen de sus instituciones. Esta es una visión restrictiva y peligrosa del concepto. La democracia va mucho más allá: es ante todo un concepto sustancial. En esta dirección plantea el autor, siguiendo los trabajos de ALAIN TOURAINE, que la "[...] democracia es un conjunto de garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las minorías, el intercambio con la libertad. La democracia es una política del reconocimiento del otro [...]". retomando las ideas de CHARLES TAYLOR, "[...] la democracia introduce en la vida política el principio moral, de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas [...] de poder ocupar algún día ese poder. La democracia se funda sobre los conceptos de igualdad, libertad y justicia, de reconocimiento a los individuos y las colectividades, de límites al ejercicio de poder no solo mediante procedimientos preestablecidos, sino también, y principalmente, a partir del reconocimiento de la libertad.

mecanismos prestacionales, sino también, y de manera primordial, la actividad de la administración pública, en la estructuración eficiente, ponderada, proporcional y razonada de las concesiones administrativas⁴⁷³.

El modelo democrático del ejercicio del poder, conforme lo anterior, determina una especial dirección a la actividad prestacional de servicios a cargo del Estado, esto es, le introduce al mecanismo de la concesión administrativa, en cuanto forma constitucional adecuada y posible para la prestación de servicios públicos en actividades de titularidad pública, por fuera de los marcos de la autocracia, la arbitrariedad, el favoritismo, la exclusión, etc., en fin por fuera de senderos, discriminatorios en todos los aspectos.

La constitución política incorpora el concepto, tanto en su preámbulo, al establecer que el marco jurídico para el ejercicio de los poderes públicos debe hacerse dentro de un contexto jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo; en su artículo 1 al indicar que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general; en el artículo 2° señala entre los fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; en el artículo 3° consagra el principio de la soberanía popular, precisando que ésta reside exclusivamente en el pueblo y que de él emana el poder público; en el artículo 40 regula todo lo referente al derecho de participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político, y en el artículo 209 cuando dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrollará con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,

⁴⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-008 de 2003. “[...] La democracia puede definirse como el régimen político cuyo orden es edificado o construido a partir de la manifestación de voluntad de los gobernados, gozando éstos de libertades públicas y conservando la opción de controlar el ejercicio del poder. En otras palabras, es una forma de gobierno en el que “los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad [directa o indirectamente] [...]”.

imparcialidad y publicidad⁴⁷⁴.

La base constitucional de la democracia, más que un mero instrumento adjetivo, constituye un fenómeno sustancial y cultural con indudables efectos políticos, sociales y jurídicos, que debe dominar el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones⁴⁷⁵. En este sentido, se puede afirmar sin dudas que, respecto de la administración pública, la democracia domina, no solo para la integración de los órganos o autoridades superiores de la administración, sino también en su interior. En cuanto se refiere a su ejercicio, la situación es similar: por lo menos a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, el ejercicio autocrático de la administración pública se encuentra altamente restringido, no sólo por el ejercicio de los órganos de control, sino también, por la proliferación de mecanismos de participación ciudadana, con efectos directos en el ejercicio de funciones administrativas.

El sustento jurídico del sistema democrático se funda a todas luces en el desarrollo del principio de la igualdad, que pretende el rompimiento de todos aquellos privilegios y exorbitancias que alejan el ejercicio del poder de los intereses del pueblo, que constituyen su base esencial, así las cosas un verdadero sistema democrático, garantiza que la voluntad y actividad del Estado este formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ella, y que el pueblo, a quien se dirige el poder del Estado, sea al mismo tiempo sujeto de este poder; la voluntad popular se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es, pues, soberano⁴⁷⁶.

En relación con los servicios públicos y la prestación eficiente de los mismos, el papel de la administración pública resulta a todas luces, esencial y garantizadora⁴⁷⁷, en cuanto atribución adscrita bajo criterios de

⁴⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 2004. “[...] Por ello, esta Corporación ha reconocido que la democracia, en nuestro ordenamiento constitucional, tiene una vocación universal y expansiva, alrededor del pluralismo y la participación, como condiciones esenciales para su eficacia [...]”.

⁴⁷⁵ GIOVANNI SARTORI. *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988, pp. 21 y ss.

⁴⁷⁶ MANUEL GARCÍA PELAYO. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 169 y 170.

⁴⁷⁷ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 88.

discrecionalidad, debiendo para estos efectos, para su adecuación constitucional plena, sujetarse a las bases sustentadoras del ejercicio democrático del poder⁴⁷⁸, que implican dentro de cualquier esfuerzo estructurador de los negocios del Estado, en especial los de concesión administrativa, sujetarlos en su estructuración, a profundos criterios metodológicos como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de consolidar sobre base ciertas, entre otros, los principios del interés general⁴⁷⁹; inclusión social; protección a los derechos de los particulares y los usuarios, no discriminación, equilibrio y conmutatividad objetiva de la relación negocial; la igualdad; libertad de los asociados en sus aspiraciones de colaboración en la ejecución de los proyectos públicos; transparencia; pluralismo; tolerancia; participación; planificación y diseño del negocio de manera completa, correcta, eficaz y técnica; transparencia, planeación; participación; objetividad; imparcialidad; publicidad y previsibilidad. Todo lo anterior, bajo el entendido de la defensa y protección de los derechos fundamentales^{480 481}.

La actuación y actividad democrática estructuradora de la concesión administrativa, así caracterizada, determina el contenido mismo del contrato correspondiente, y de manera igual manera, todos aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios, y en

⁴⁷⁸ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 115. La democracia también es un estilo de gobernar, no solo un problema de conformación del poder.

⁴⁷⁹ TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO. *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial n.º 28, Madrid, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 1996 p. 399.

⁴⁸⁰ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 1054 y 1055.

⁴⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 2004. “[...] En atención a la naturaleza expansiva y universal de la democracia, es viable que tanto el legislador como las demás autoridades de la República, en el marco de los estrictos límites de su competencia, permitan la extensión de los principios del régimen democrático, en aras de irradiar no sólo las relaciones de tipo político, sino también de naturaleza económica, cultural, ecológica, etc. En efecto, la garantía de los derechos y libertades individuales, sociales y económicas, la sujeción de la actividad del Estado al principio de legalidad, el respeto de los principios de participación y pluralismo y, especialmente, la protección reforzada a la libertad e igualdad, no deben pertenecer exclusivamente a la arquitectura de un modelo político constitucional, sino que debe permitirse su funcionamiento normal y reiterado en otros campos de la vida ordinaria de un Estado, en aras de corregir las deficiencias que se presentan principalmente en materias de índole económica y social [...]”.

especial, a la demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones.

Los servicios públicos, el contrato estatal y en especial, la figura concesional en cualquiera de sus modalidades, no puede estar ausente de esta realidad inspiradora, si se pretende, en todo momento y lugar, tanto en la definición de las decisiones más importantes en esta materia, como en la estructuración sustancial de los negocios públicos, ser coherente con este tipo, modelo y naturaleza de Estado, como lo es, el social y democrático de derecho.

La administración cumple, de esta forma, en la estructuración de los negocios del Estado, de manera primordial, por su significación, en los de concesión de servicios públicos⁴⁸², un papel trascendente en relación con la efectividad de los propósitos y finalidades propias del Estado social y democrático de derecho⁴⁸³, que han llevado a la doctrina a sostener la existencia de un “Estado social administrativo”, en cuanto que la administración constituye su punto o centro de gravedad para su operatividad⁴⁸⁴: El Estado social es, por razones obvias, fundamentalmente un Estado administrativo, cuyo centro de gravedad radica en la ejecución de las políticas públicas formalizadas legislativamente. De aquí que tradicionalmente la presencia de la administración en todos los sectores de la sociedad se considera como un síntoma importante de la efectividad del Estado social de derecho⁴⁸⁵.

⁴⁸² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

⁴⁸³ PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., pp. 98 y ss.

⁴⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1165/00. “[...] Como se desprende de la autodefinición del Estado Colombiano como ‘Social de Derecho’ según se expresa en el artículo 1º de la Carta, no puede limitarse la actividad de las autoridades públicas simplemente a deberes de abstención para que se ejerzan ciertos derechos de los particulares cual sucede con las libertades públicas, sino que se impone también para el Estado en su conjunto, la realización de actos y la formulación de políticas no negativas sino positivas, para que los derechos de contenido social y económico no sean de carácter meramente retórico sino que tengan, cada vez más, un mayor cubrimiento cuya meta debe ser que gocen de ellos todos los habitantes del país [...]”.

⁴⁸⁵ PAREJO ALFONSO. *Estado social*, cit., pp. 52 y 95: “En definitiva, pues, la posición real actual de la administración no es la que resulta evocada por el significado tradicional del principio de legalidad, conforme al cual aquella se limita a precisar en el caso concreto supuestos definidos con carácter general y abstracto por la ley en sentido formal. La administración es una organización servicial y vicaria, ciertamente, pero con contenidos, tareas y responsabilidades propias desde el orden constitucional (cuya actuación no se explica por impulsos derivados de habilitaciones o mandatos emanados en cada caso o en bloque de la legislación o de la

Sin embargo, la crisis del sector público, en cuanto portador y depositario de las funciones naturales de asistencia y prestación a las necesidades de la comunidad, y el surgimiento de las concepciones economicistas y neoliberales que ubican la asistencia a la comunidad bajo conceptos del mercado, han demarcando otros derroteros, también importantes y trascendentes para la administración pública, produciéndose una especie de mudanza de obligaciones y responsabilidades, dadas las características de los nuevos compromisos del estado, que sin perder, su esencia de social de y democrático de derecho, debe interaccionar con la libertad económica y la iniciativa privada⁴⁸⁶.

actividad gubernamental, sino por decisión directamente constitucional, que –sin embargo– la sujeta y subordina a estas últimas), y que debe cumplir y satisfacer a partir del mismo, con las inevitables consecuencias que de ello se siguen para la interpretación del principio de legalidad”.

⁴⁸⁶ PAREJO ALFONSO. “El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, en RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 220. Al respecto, la doctrina administrativista ha sostenido la inexistencia del conflicto, y más bien la matización de los papeles en la consolidación del Estado social. PAREJO ALFONSO, quien con profundidad se ha ocupado del tema, sostiene precisamente que “El Estado social no es, en efecto, una magnitud, una cantidad, una extensión, sino una cualidad. Y la apuntada crisis no afecta tanto a la idea de imbricación –confusión de Estado y sociedad, es decir, de la responsabilidad del primero por las condiciones de la segunda–, cuanto a la forma de cumplimiento de esta y, por tanto, los procedimientos de dirección y control de los procesos sociales [...]. En todo caso, la reducción del papel del Estado no significa eliminación de dicho papel; significa solo, como regla general, su transformación: abandono de la actividad estatal directa (servicio, préstamos, dación de bienes) y asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control. No puede dejarse de tener en cuenta que si en el plano social la intervención estatal garante de la libertad (a través de la imposición de sus límites inherentes, precisados de redifusión constante) sigue siendo evidente, en el plano económico la necesidad de tal intervención se muestra con parecida evidencia en el sometimiento universal de toda actividad económica, en último término, a la política de la libre competencia”. En este sentido, el Estado siempre conserva un papel central y garante en la consolidación del Estado social de derecho. Incluso en hacer viable la libre competencia en el tráfico jurídico del mercado. Puede consultarse, en este mismo sentido, del autor, su segunda edición de *El concepto del derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 469 y ss.

2. DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO AL NUEVO INDIVIDUALISMO LIBERTARIO, SUS INCIDENCIAS EN EL CONTRATO ESTATAL Y EN LA FIGURA CONCESIONAL. EL DECAIMIENTO DE LA TITULARIDAD PÚBLICA: ¿ABRIENDO BÓVEDAS?

La concepción clásica de los servicios públicos desarrollada por el derecho francés, que consideraba la prestación de los servicios públicos vinculada directamente al ejercicio de la función administrativa –de titularidad pública– como mecanismo idóneo para satisfacer las necesidades y carencias de la comunidad, generó para el derecho administrativo efectos imprevisibles, en cuanto a su contenido material y, en especial, frente a sus relaciones con las actividades de servicios eventualmente asumidas por los particulares, consecuentemente con el derecho propio de estos sujetos, como lo es el derecho privado.

En tratándose de su evolución como teoría jurídico – administrativa, los planteamientos originales fueron prácticamente desbordados por la realidad del mismo derecho francés, e incluso por las construcciones jurisprudenciales que se dieron de manera paralela a esta teoría clásica⁴⁸⁷, que pusieron en duda y dieron al traste con los principales planteamientos de la escuela de Burdeos, llevando a lo que se ha dado en llamar “*el quiebre de la teoría*”.

Después de grandes debates jurídicos, se aceptó que los particulares también podían atender las necesidades generales en materia de servicios públicos y, en consecuencia, que el derecho privado podía también ser el régimen jurídico para estas actividades fundamentales de la organización social y política, incluso en eventos en que la misma administración a través de modalidades descentralizadoras fuese operadora o prestadora de los mismos, rompiendo los dogmas que desconocían la amplitud y necesidades del sistema jurídico positivo en cuanto a la interrelación necesaria de sus contenidos como fenómenos comunes de un solo derecho. En esencia, el concepto de servicio

⁴⁸⁷ Entre otras providencias de la jurisprudencia francesa, podemos señalar las siguientes: *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, del 31 de julio de 1912; *Arrêt Bac d'Eloka* (Coted'Ivoire vs. Société Commerciale del'Ouest Africain), del 22 de enero de 1921, entre otros y a los cuales ya nos hemos referido en el presente trabajo.

público y de sus instrumentos prestacionales, son retomados, en cuanto objeto primordial por el Estado de derecho, configurando elemento sustancial y vital de toda su construcción, tal como ha venido siendo expuesto.

Ahora bien, la historia económica y política de las últimas décadas, nos presenta, otra ruptura mucho más profunda, cualitativa y sustancial de la teoría tradicional de los servicios públicos como función directa y natural de la administración pública, y de paso, también, un grave síntoma denunciador de una profunda situación de crisis al interior del concepto de Estado social.

El problema radica, en el abierto y prolongado paso que en las últimas décadas ha tenido una novedosa percepción del mundo y de las relaciones sociales, políticas y económicas que proclaman el abandono total y radical de cualquier posibilidad de que el Estado pueda comprometerse o asumir la prestación directa de servicios públicos en los términos en que tradicionalmente lo venía haciendo dentro de la concepción intervencionista, existencialista, benefactora o más concretamente en desarrollo de los objetivos y finalidades propias de las modalidades de Estado social de derecho instrumentado después de la segunda contienda mundial.

Concepción del mundo, la economía y el derecho que llama a la destitularización de las actividades públicas, mediante figuras privatizadoras o simplemente liberalizadoras, reduciendo el espacio de actuación prestacional del Estado. Reduciendo materialmente su campo de acción directa o indirecta en la prestación y reconduciéndolo a otras esferas de actuación administrativa.

Se trata sin lugar a dudas de un resurgir de las teorías individualistas clásicas, en otrora fundamentadas en los trabajos de Adam Smith y ahora retomadas por los modernos seguidores de sus postulados básicos, que proclaman la libertad como la base de la coexistencia y el desarrollo político y económico, en

lo que se ha dado en llamar la concepción neoliberal⁴⁸⁸ del Estado y la economía⁴⁸⁹.

El Estado social, sostienen sus ideólogos, llevó al crecimiento desmesurado de su aparato administrativo, con ostensible invasión de éste en la economía y en la libertad individual, adquiriendo títulos en actividades que por su naturaleza concurría la economía y por lo tanto sus reglas de competencia, generando en su entorno una odiosa e improductiva dependencia ciudadana, por lo tanto, convirtiéndose en fenómeno de dominación y manipulación. El hombre ahora no solo vive en un Estado, sino que también vive y subsiste de sus bondades y ventajas paternalistas, en detrimento de su autonomía personal y de sus capacidades productivas⁴⁹⁰.

Desde la perspectiva de los servicios públicos, el modelo social de derecho propició las condiciones para su consolidación como un sistema burocrático, monopolístico y corrupto a partir de una arbitraria titularidad pública de actividades, que impiden la competencia, la oferta plural, la gestión privada, la eficiencia y la libertad de elección por parte de los usuarios y consolida la oscura cultura de la dependencia hacia el Estado y no soluciona los niveles de pobreza y abandono de los sectores de la población menos favorecida⁴⁹¹,

⁴⁸⁸ SAMUELSON y NORDHAUS. *Economía*, cit., p. 21. Destacan los autores cómo el papel del Estado interventor y benefactor entró en un serio proceso de sustracción a favor de la economía de mercado a partir de la década de los ochenta del siglo pasado. Estados Unidos, Inglaterra y Rusia constituyeron un ejemplo palpable del abandono a la presencia social del Estado, en materia pensional, sanitaria y de otros servicios a favor de los privados bajo criterios de economía de mercado. Puede consultarse HÉCTOR SCHAMIS. "La economía conservadora en América Latina y Europa Occidental: orígenes políticos de la privatización", en OSCAR MUÑOZ. *Después de las privatizaciones el Estado regulador*, Santiago, Cieplan, 1993, pp. 51 y ss. El proceso se inicia prácticamente en la década de los ochenta, teniendo como protagonistas países tan diferentes como Inglaterra y Chile. El fundamento esencial de este proceso económico se origina en el quiebre de los planteamientos keynesianos que recibió de inmediato la respuesta política de las fuerzas conservadoras y el capitalismo globalizador.

⁴⁸⁹ Entre los más destacados exponentes de las nuevas concepciones individualistas se pueden destacar: FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit. De MILTON FRIEDMAN, así mismo, *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1966. Puede consultarse HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tomos I y II, cit.; y VON MISES. *Política económica*, cit.

⁴⁹⁰ FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit., pp. 209 y ss.

⁴⁹¹ Las razones de los modernos individualistas para sustentar su renacer histórico frente al Estado y la economía no se apartan sustancialmente de las mismas que en su momento se reiteraron para consolidarse durante más de cien años en el periodo del reino individualista que

razón por la cual el modelo debe ser revisado y remplazado por otro en donde la iniciativa privada y la competencia^{492 493} cumpla sus funciones y deberes frente a la sociedad^{494 495}, reconduciendo la actividad pública y sus monopolios de titularidades a condiciones mínimas.

Se sustenta esta nueva concepción en los trabajos del liberalismo económico, que a partir de la negación del colectivismo⁴⁹⁶, pretenden fortalecer la moderna concepción capitalista en la libertad y seguridad económica⁴⁹⁷ y la prosperidad, en contraposición a la esclavitud y miseria de los sistemas intervencionistas⁴⁹⁸⁴⁹⁹, y en la responsabilidad social de la iniciativa privada en relación con la comunidad, no desbordada⁵⁰⁰, como ha sido desarrollada en Inglaterra, Europa Occidental y los Estados Unidos principalmente, y que han propugnado el abandono radical de cualquier posibilidad de que la administración pública continúe cumpliendo con sus responsabilidades vitales frente a la comunidad y al interés general prestando servicios públicos, acumulando titularidades en

se vivió a partir de la Revolución francesa en Europa y América. Véase para estos efectos a KEYNES. "El final del *laissez-faire*", cit., pp. 63 y ss.

⁴⁹² HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 37 y ss. El sistema se funda en la competencia en cuanto se considera a ésta un método superior de coordinación de esfuerzos individuales que no puede ser reemplazado, es mucho más eficiente que cualquier otro, y es el único método que permite a las actividades individuales "[...] ajustarse a las de cada uno de los demás sin intervención coercitiva o arbitraria de la autoridad [...]". La competencia traslada al individuo la oportunidad para decidir de si su presencia en el mercado puede ser riesgosa o no. Véase como desarrollo de los anteriores planteamientos a ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL. "Libre competencia en la infraestructura demanial", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* (Redeti), n.º 4. 1999, p. 29.

⁴⁹³ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 106.

⁴⁹⁴ FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit., p. 25 y ss.

⁴⁹⁵ ARIÑO ORTIZ. "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica", cit., p. 19.

⁴⁹⁶ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 33 y ss.

⁴⁹⁷ *Ibíd.*, p. 124.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, p. 11; "[...] El principio fundamental según el cual en la ordenación de nuestros asuntos debemos hacer todo el uso posible de las fuerzas espontáneas de la sociedad y recurrir lo menos que se pueda a la coerción, permite una infinita variedad de aplicaciones. En particular, hay una diferencia completa entre crear deliberadamente un sistema dentro del cual la competencia opere de manera más beneficiosa posible y aceptar pasivamente las instituciones tal como son [...]", p. 18; "[...] La argumentación liberal defiende el mejor uso posible de las fuerzas de la competencia como medio para coordinar los esfuerzos humanos, pero no es una argumentación a favor de dejar las cosas tal como están. Se basa en la convicción de que allí donde la competencia efectiva puede crearse, esta es la mejor guía para conducir los esfuerzos individuales [...]". p. 37.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, p. 91.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, p. 37. La teoría liberal no niega y más bien insiste en que si la competencia rompe determinados límites debe ser objeto de control. "[...] si la competencia ha de actuar con ventaja, requiere una estructura legal cuidadosamente pensada, ni que tanto las reglas jurídicas del pasado como las actuales estén libres de graves defectos [...]".

actividades que por su naturaleza, son fenómenos más del mercado y de la libre competencia, lo que lleva en consecuencia a que todo sujeto que se encuentre en capacidad y condiciones para prestarlos u operarlos pueda incursionar por el tráfico jurídico, compitiendo y ofreciendo sus bienes o servicios en esta materia^{501 502}, debiendo en consecuencia plantearse una reforma sustancial del Estado y del papel de la administración pública, en búsqueda de romper la columna vertebral de este caduco sistema, liberando las actividades de contenido económico de manos del Estado y dejándolas a la libertad y las fuerzas impulsoras del mercado⁵⁰³.

Esta postura doctrinal, fundada en criterios materiales de libertad individual⁵⁰⁴, en especial de la empresa, y de competencia como elementos esenciales del mercado, plantea la necesidad de reevaluar en cuanto obsoletas e ineficaces las bases sustentadoras de la prestación de los servicios públicos como función estatal y de los mecanismos jurídicos para su gestión, esto es, de la concesión administrativa como negocio e incluso la de la habilitación para el uso de

⁵⁰¹ FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit. La libertad es el presupuesto básico para entender los procesos políticos y económicos. “[...] La libertad económica es un requisito esencial para la libertad política [...]” (p. 17). El progreso económico en potencias como Estados Unidos se debió en gran parte a la ausencia de mecanismos coactivos estatales que impidieran el libre juego de la cooperación individual. Este ejemplo debe ser reconquistado para reducir el poder de la intervención estatal en desmedro de la iniciativa individual. Retomando a ADAM SMITH, se propone la reducción del papel del Estado a sus aspectos estrictamente fundamentales, tales como la seguridad, la justicia y la realización y conservación de determinadas obras públicas de interés general, pero que no implique nunca desplazar la iniciativa individual. El Estado debe en la práctica poseer un mandato estrictamente limitado. Una sociedad verdaderamente respetuosa de la libertad humana debe mantener el Estado en su sitio, “[...] haciendo que sea nuestro servidor y no dejando que se convierta en nuestro amo”, p. 61. Sólo la economía de mercado puede garantizar los derechos del consumidor, como una alternativa a los mecanismos intervencionistas gubernamentales que se han sobrepuesto al mismo (p. 308). HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tomo II, Barcelona, Unión, 1996, p. 277 y ss.

⁵⁰² TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO. *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti)*, n.º 2. 1998, pp. 11 y ss. Posición menos crítica y proactiva del fenómeno histórico en comentario desarrolla este autor. Los procesos de liberalización de algunos sectores de la economía no pueden ser vistos como la derrota de las técnicas del servicio público por cuenta de la ideología del mercado. “[...] La historia de la liberalización es, más bien, un ejemplo más de cómo los nuevos descubrimientos determinan las condiciones de producción y, a su través, las condiciones de organización de muchas actividades [...]”. “[...] La idea de liberalización no debe ser vista de forma ideológica, como una especie de triunfo del mercado sobre cualquier otra técnica de organización social que busque objetivos de solidaridad o cohesión social o territorial, sino como una utilización instrumental de las potencialidades del mercado, pero bajo la supervisión de la administración y con la posibilidad de imponer condiciones y obligaciones de servicio público [...]”.

⁵⁰³ ARIÑO ORTIZ. “La idea liberal y la reforma al Estado”, *Cuenta y Razón*, n.º 6, 1982.

⁵⁰⁴ HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tomo I, Barcelona, Unión, 1996, p. 25 y ss.

bienes públicos. El fondo material de la concepción neoliberal expuesta, implica, palabras más, palabras menos, una ruptura profunda a la idea de la concesión administrativa, en la medida en que le sustrae la base material sobre la cual se ha edificado históricamente, como es la de la titularidad pública de actividades, bienes, obras o servicios.

Como alternativa, defiende la libertad contractual⁵⁰⁵; el papel principal de la empresa privada en la prestación de los servicios que requiera la comunidad, bajo criterios económicos de competencia, libre acceso⁵⁰⁶ y sujetos a la regla de la libertad propia del mercado, por lo tanto, sustraídos de un estricto derecho público y del concepto mismo de servicio público, partiendo de la base de la destitularización de bienes y servicios públicos y por lo tanto, la de ampliación del espectro de bienes, servicios y obras disponibles en el mercado para su prestación o ejecución por los particulares sin necesidad título habilitante o con la presencia de estos estrictamente de manera excepcional⁵⁰⁷
508 .

La concepción tradicional de los servicios públicos, sostienen los propugnadores de esta nueva concepción, se fundamentaba en un absurdo monopolio de titularidad y prestación por parte del Estado⁵⁰⁹, lo que llevó a un crecimiento desmedido del sector público en detrimento de los recursos públicos, de la eficacia, eficiencia y continuidad de los servicios e, incluso, de espaldas a los adelantos tecnológicos, la competitividad, la globalización y mundialización de la economía. El Estado fue incapaz históricamente de cumplir con estas responsabilidades, desfigurando sus compromisos básicos para con la comunidad y generando circuitos económicos cerrados e inmóviles.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 38. El sistema se funda en la libertad de intercambios. Las partes del mercado pueden comprar y vender a cualquier precio, al precio que libremente pacten. Todos son libres de producir, vender y comprar cualquier cosa. Se proscriben cualquier forma de intervención en estas materias.

⁵⁰⁶ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 38.

⁵⁰⁷ FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit., pp. 63 y ss.

⁵⁰⁸ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 37.

⁵⁰⁹ HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tomo II, cit., pp. 280 y ss.

⁵¹⁰ MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, tomo I, cit., p. 17.

Frente a esta problemática política, jurídica, institucional y económica, se propone un “*Estado mínimo*”, con una función administrativa reducida a lo fundamental y con un papel protagónico de la iniciativa privada sobre la pública en aspectos tan trascendentales para la vida comunitaria como la de la prestación de los servicios públicos⁵¹¹.

Para los mentores del modelo, la iniciativa privada tiene las fortalezas necesarias a través del mercado y la competencia para brindarle alternativas al interés general. “[...] *La competencia y el mercado serían el lugar donde la sociedad autoabastecería sus necesidades de cualquier orden [...]*”. Bajo estos presupuestos, se hace indispensable abrirle senderos jurídicos ciertos a las realidades y bondades de la competencia económica, que garanticen un servicio básico universal dentro de una economía globalizada y abierta, lo cual implica aceptar un nuevo modelo de Estado de derecho e incluso de concepción sobre la soberanía⁵¹², que brinde las garantías indispensables para el libre mercado de los servicios públicos⁵¹³.

El gran compromiso de las autoridades nacionales es el de ofrecer las condiciones internas con el fin de que los actores de este nuevo modelo puedan desarrollar sus actividades dentro de un entorno de competitividad y libertad, esto es, crear las condiciones indispensables para que la economía fluya naturalmente de manera tal que en tratándose de los servicios públicos su

⁵¹¹ HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tomo II, cit., pp. 2 y ss.

⁵¹² MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, tomo I, cit., p. 25. Teóricamente, en una economía globalizada las grandes empresas deberán sustituir al Estado en algunas de las funciones que hasta hoy se consideran como propias y connaturales a él, como es el caso de los servicios públicos. Lo anterior deberá tener repercusiones inevitables en el papel de las instituciones públicas que tradicionalmente se han edificado en el Estado constitucional como el Congreso, los Ministerios y la misma organización territorial diseñada sobre la base de la prestación de servicios. Las grandes empresas, para operar en los mercados, diseñarán sus propias reglas, mediante concertaciones y negociaciones y con estricta sujeción al derecho privado. Ahora bien: como lo analiza este autor, por más que los ideólogos de la economía globalizada se lo propongan, no lograrán nunca reducir el Estado en todas sus funciones prestacionales. El mercado busca y pretende básicamente apoderarse de servicios de contenido económico, pero no tiene la vocación de asumir todos aquellos que implican simple ejercicio de autoridad que no generan lucro ni pueden cuantificársele a la sociedad.

⁵¹³ ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, cit.

prestación no se haga imposible a las empresas y particulares que estén dispuestos a ofrecerlos.

Para estos propósitos, es decir, con el fin de facilitar el acceso de los particulares al mercado de los servicios públicos, en muchos casos inexistentes por el monopolio Estatal en su prestación, se diseñaron en los diferentes ordenamientos nacionales regulaciones sustentadas sobre las ideas de privatización⁵¹⁴, liberalización⁵¹⁵ y la cultura de la igualdad como presupuesto de la participación en el mercado, esto es, de la consolidación de la libre empresa y la libertad de competencia como elementos ideológicos articuladores indispensables⁵¹⁶, en contraposición a las nacionalizaciones, la intervención administrativa del Estado tradicional, prestatario y administrador de servicios públicos y en consecuencia de las figuras concesionales bilaterales o unilaterales como mecanismos idóneos para la ejecución de actividades de titularidad pública⁵¹⁷.

Así mismo, dentro de la lógica de la libertad individual y de la responsabilidad social de la iniciativa privada, el sistema diseñó los mecanismos y principios suficientes para estructurar la base conceptual sustentadora a partir de la

⁵¹⁴ NICOLÁS HERNÁNDEZ. "Privatizaciones: significado y razón de ser desde el punto de vista económico", en *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 3, 1999, p. 39. La privatización sustancialmente en cuanto instrumento del nuevo sistema de los servicios públicos debe ser entendida como el traslado al sector privado de una empresa pública o de una serie de tareas, funciones o actividades reservadas a la administración, mediante el mecanismo jurídico más adecuado. También se ha entendido formalmente por privatizar el someter la actividad del sector público administrativo a las normas y principios del derecho privado, en lo que la doctrina española ha dado en llamar la "huida del derecho administrativo". Puede consultarse sobre este tema a MARCOS JORDÃO TEIXEIRA DO AMARAL. *Privatização no Estado contemporâneo*, São Paulo, Come, 1996.

⁵¹⁵ JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. "Nuevo sistema conceptual", en *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 3, 1999, p. 137. Liberalizar, como su nombre lo indica, significa recoger las bases esenciales del sistema económico liberal clásico y adaptarlo a las nuevas circunstancias de la humanidad, colocando la libertad como el centro de la actuación para la atención del interés general. Desde la óptica del derecho, lleva a desreglar y abandonar el estricto derecho administrativo por el derecho privado.

⁵¹⁶ MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, tomo I, cit., pp. 20 y 25. Para la economía globalizada, el mundo entero constituiría un enorme mercado en donde sería imposible concebir un Estado prestador de servicios públicos "ridículamente" circunscrito a pequeños ámbitos territoriales e incoherentes con la filosofía y doctrina del sistema.

⁵¹⁷ JUAN CARLOS CASSAGNE. "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los proceso de privatización", en RAP, n.º 157, 2002.

postulación de principios, reglas y presupuestos normativas que caracterizan en concreto todo este pensamiento ideológico del neocapitalismo o del renaciente liberalismo.

Conceptos y principios con repercusiones profundas en la órbita de lo público administrativo e incluso en el funcionamiento material del Estado y en las mismas actitudes cotidianas de los sujetos privados. Así como el intervencionismo estatal y el Estado benefactor transformaron las sociedades en que floreció, el neoliberalismo y la globalización económica significan para la hora actual de la humanidad una revolución cuyos rumbos son aun imprevisibles para el interés general y la vida comunitaria, no obstante las críticas profundas que en torno a sus caracteres mezquinos, utilitarios, individualistas y falaces le han hecho algunos sectores de la sociedad y la doctrina⁵¹⁸.

Indudablemente el punto de partida para esta nueva consolidación del individualismo está dado por el concepto de libertad, el cual es desarrollado ampliamente en los diferentes trabajos sustentadores de la concepción en contraposición al de coacción e intromisión del poder público en aras de consolidar la iniciativa privada y los derechos individuales de los seres humanos, lo incide de manera directa en las relaciones económicas y el ejercicio mismo de los poderes públicos. Analicemos estas características rectoras del marco conceptual del neoliberalismo, teniendo de presente que si bien se refieren al servicio público, están excluyendo, por regla general, la presencia del Estado en la actividad prestacional directa o indirecta. Se trata de reglas destinadas a la actividad prestacional por parte de los particulares.

⁵¹⁸ JOSEPH STIGLITZ. *Los felices 90. La semilla de la destrucción* (s. l.), Antillana, 2005; del mismo autor, *El malestar en la globalización*, cit.; SARMIENTO PALACIO. *Alternativas a la encrucijada neoliberal*, cit.; AHUMADA. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, cit. Puede consultarse la serie de trabajos que sobre estas reacciones antineoindividualistas se compilan en RESTREPO BOTERO. *La falacia neoliberal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.

2.1. Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos bajo criterios de economía de mercado. La ausencia de titularidad pública en actividades de servicios. El nuevo papel del Estado

Sobre los anteriores presupuestos, el modelo estructura unas bases conceptuales y de principios dirigidas a decantar el ámbito de la competencia económica de los servicios públicos y la esfera de acción del Estado, que no obstante las profundas críticas que en torno a su papel en el sistema tradicional o clásico se le formulan, se le admite en el nuevo modelo cumpliendo otro tipo de funciones relacionadas con ellos, principalmente en los temas regulatorio, de inspección y de control⁵¹⁹. Esto es, la dinámica del denominado “*nuevo servicio público*”, no se despoja totalmente de la presencia estatal, más bien modula el papel de los agentes públicos en su tráfico jurídico⁵²⁰. En la práctica se produce una especie de transformación de las funciones administrativas frente a esta actividad primordial para la vida comunitaria, quedando el Estado, ahora desposeído de titularidades, sujeto a otra realidad muy diferente, en donde la libertad y la iniciativa privada ocupan el papel que en otrora protagonizó de sujeto actuante y prestacional. En consecuencia, en la realidad de las cosas, el nuevo esquema traslada a un segundo y excepcional lugar la figura de la concesión pública⁵²¹.

Los principios del nuevo sistema pretenden sustentar el abandono a una concepción de titularidad pública exclusiva sobre prácticamente toda la actividad de los servicios públicos. En donde la concesión administrativa fue reina absoluta y constituyó, eventualmente en algunos ordenamientos, la única vía de acceso del particular a la colaboración en la prestación de los mismos, sujetos a reglas y normas interventoras, de mercado exclusivo y monopólico,

⁵¹⁹ IVANEGA. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, cit., pp. 49 y ss.; 93 y ss.

⁵²⁰ PAREJO ALFONSO. “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos”, cit., p. 249.

⁵²¹ GASPAR ARIÑO ORTIZ y LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Granada, Comares, 2001, pp. 5 y ss.

con precios artificiales, muchas veces totalmente alejados de la realidad económica del servicio⁵²².

La prestación hegemónica y exclusiva del servicio por la administración se hacía acompañar de la concesión o gracia del Estado para que dentro de un régimen de estricto derecho administrativo, la iniciativa privada asumiera ciertos servicios, sin que el Estado perdiera en ningún momento su dirección, control, regulación y condicionamientos, o prestación directa y lo que resulta ser más importante, sin la presencia de libertades competitivas, obviamente sin el desarrollo en todos los aspectos de un mercado libre en estas materias⁵²³.

El Estado siempre, bajo la hegemonía administrativa, fue titular del dominio sobre los servicios. En vigencia del nuevo modelo, estos presupuestos no sólo se rompen y quiebran, sino que de manera simultánea son reemplazados por otros sumidos en las realidades de la competencia y libertad económica. El salto histórico es cuantitativo e igualmente profundamente cualitativo, se pasa a un sistema “[...] *abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos) [...]*”⁵²⁴.

La doctrina neo individualista, con fundamento en las inspiraciones y elaboraciones, entre otros de Hayek^{525 526} al concretar las características

⁵²² CASSAGNE. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los proceso de privatización”, cit.

⁵²³ CASSAGNE. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los proceso de privatización”, cit.

⁵²⁴ GASPAR ARIÑO ORTIZ; JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales 1997, p. 19 y ss. “[...] Es éste un trágico destino de la ciencia del derecho administrativo. Cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de servicio público, cambia radicalmente el marco sociopolítico y hay que volver a empezar [...]”.

⁵²⁵ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit.

⁵²⁶ Son varias las obras donde el profesor Ariño se refiere a los principios del nuevo modelo de los servicios públicos. Entre otras puede consultarse: ARIÑO ORTIZ; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *El nuevo servicio público*, cit.; ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, cit.

generales de este novedoso sistema prestacional de servicios, diseña un marco de principios aplicables, por regla general, a todos aquellos ordenamientos donde el mismo se hubiere adoptado, a partir de la identificación de actividades estrictamente competitivas y las no competitivas.

Para estos efectos, y como punto indudable de partida para decantar y llevar a postulados básicos, los caracteres esenciales de los servicios como fenómeno del mercado, proponen los neo individualistas, el de la necesaria desagregación o desintegración vertical de cada uno de los sectores, con el propósito de identificar de manera separada las actividades que dentro del sistema clásico administrativo fueron englobadas, pero que ahora se necesita estudiar y analizar por separado, con el propósito de determinar la incidencia que tienen frente al mercado.

Lo más importante para el nuevo modelo es agrupar las actividades con incidencia en el mercado para sujetarse a un régimen de libertad, por lo tanto, desde la perspectiva económica de mercado y de la jurídica, de desregulación, acudiendo para el efecto a un estricto derecho privado. Las otras, es decir, las no competitivas, hacerlas depender de un régimen de regulación, en parte de clara naturaleza administrativa.

En el régimen jurídico colombiano de los servicios públicos, observamos la recepción de la separación de actividades en el marco general de la Ley 142 como un mecanismo para viabilizar la competencia y evitar abusos de la misma por parte de los actores de cada una de las instancias de la cadena de los servicios públicos. Precisamente en el artículo 73.13 de la Ley 142 de 1994, se le atribuye a las comisiones de regulación la posibilidad de escindir una empresa de servicios públicos, con el fin de facilitar la competencia y evitar el abuso de la posición dominante. En la Ley 143 de 1994, la situación resulta mucho más clara, en la medida en que el legislador diferencia dentro del servicio público de energía eléctrica las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad.

Incluso, la actividad de comercialización en el parágrafo del artículo 7 se limita a quienes sean generadores y distribuidores.

Las materias, objeto de regulación como consecuencia de la desagregación, están sujetas a un régimen de características y sentido diferente a la desarrollada en el sistema clásico administrativo. Procura promover la competencia allí donde sea posible la misma, asegurando los intereses de los usuarios. En definitiva, se trata de un derecho público administrativo que coherente con el mercado, que incentiva la empresa como motor de la autonomía privada en el mercado de los servicios. La regulación en el nuevo sistema debe propender por “[...] *Garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate y establecer los niveles adecuados para la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer [...]*”^{527 528}. La regulación, en últimas, en esta dirección se convierte en un instrumento para defender la competencia o para sustituirla, donde ésta no pueda darse, pero temporalmente hasta tanto ésta se desarrolle⁵²⁹.

Frente a las actividades desagregadas como de naturaleza competitiva, se proponen, a partir de un claro desarrollo de las doctrinas económicas sustentadoras de esta construcción⁵³⁰, la formulación de cuatro postulados básicos, fundados en estricto sentido en el concepto de libertad como fuente de juridicidad. Estas son las de libertad de entrada (iniciativa privada y de empresa), libertad de acceso al mercado (redes e infraestructura), libertad de contratación y formación competitiva de precios, libertad de inversión⁵³¹. Libertades que frente a la Constitución Política colombiana encuentran justificación en su artículo 333, al postular la libertad de empresa y de iniciativa privada como presupuestos del régimen económico.

⁵²⁷ ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, cit., p. 555.

⁵²⁸ La idea evidentemente proviene de los planteamientos de HAYEK (*Camino de servidumbre*, cit., p. 39).

⁵²⁹ ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 11 y ss.

⁵³⁰ Véase principalmente HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 37 y ss.

⁵³¹ ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 20 y ss.

No obstante, en el intento de caracterizar el sistema a partir de las libertades fundamentales en que se sustenta, se destaca en la doctrina como la desagregación también identifica un régimen de excepción para actividades no competitivas, básicamente en dos aspectos: en la instalación y gestión de infraestructuras y en el denominado servicio universal. Veamos cada una de estas situaciones derivadas de la desagregación:

2.1.1. Las libertades bajo un esquema de actividades competitivas

2.1.1.1. Libertad de Entrada

La libertad de entrada⁵³² incorpora al régimen jurídico de los servicios públicos, las ideas fundamentales de la libertad individual con responsabilidad social. Esto es, eleva a la categoría jurídica la iniciativa privada y la libertad de empresa garantizadas en la Constitución Política como mecanismos adecuados para la prestación de los servicios dentro de la economía de mercado. La libertad de entrada beneficia y estimula la pluralidad de oferentes en el tráfico jurídico de los servicios públicos. Todos aquellos sujetos que reúnan los requisitos establecidos en las normas jurídicas podrán incorporarse válidamente al mercado ofreciendo sus bienes y servicios, construyendo, explotando, comprando, vendiendo, en fin realizando todos los negocios indispensables dentro de la cadena de los servicios públicos. El postulado doctrinal de la libertad de entrada no significa de ninguna manera libertinaje o caos en la presencia de los actores del mercado de servicios públicos, se acepta en la doctrina que la entrada esté condicionada a las exigencias del legislador en la materia, lo cual implica subordinación de la iniciativa privada a la regulación como ordenadora y garantista de unas condiciones mínimas dentro del mercado, con el fin de evitar su desorden en detrimento de los intereses generales⁵³³.

⁵³² HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 38.

⁵³³ ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 20 y ss.

En el derecho colombiano de los servicios públicos, la libertad de entrada tiene fundamentos en el artículo 333 de la Constitución al proclamar la libertad de empresa y de iniciativa privada como fundamento de nuestro sistema económico, conceptos que son claramente recogidos en el artículo 2 numeral 6 de la Ley 142 de 1994, cuando proclama que uno de los objetivos de la intervención del Estado en materia de servicios públicos es el de garantizar la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante por los actores del mercado. Se reitera el postulado en el artículo 10 del mismo estatuto, cuando incorpora al ordenamiento legal el concepto de libertad de empresa para la prestación de servicios públicos, sujetas al marco de la Constitución y de la ley. Se consolida el concepto de mercado y de competencia en el artículo 35 de esta codificación, al exigirle a las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en el mercado, que cuando deban adquirir bienes o servicios para la prestación de los asignados a ellas, tendrán que hacerlo mediante los procedimientos que aseguren amplia concurrencia en igualdad de condiciones. Lo que se observa de la legislación colombiana a este respecto, es la tendencia a mantener las condiciones propicias para el fomento del mercado y de la libre competencia en los servicios públicos.

En la Ley 143 de 1994, la libertad de entrada se deduce de la redacción del literal a) del artículo 3, cuando le atribuye al Estado el deber de promover la libre competencia en las actividades del sector. Concepto que es reiterado en el artículo 7, cuando llama a la pluralidad de oferentes en el sector para que dentro de un régimen de libertad presten los servicios que les corresponda en un contexto de la libre competencia.

Esta libertad de todas maneras está sujeta, como se advierte, a las exigencias del legislador en torno a las características y requisitos para que los actores del mercado en cuanto productores, generadores, transportadores, comercializadores etc., puedan introducirse en su tráfico jurídico. Al respecto en el régimen nacional encontramos que en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 se indican por el legislador de manera taxativa quienes pueden prestar

los servicios públicos, señalando las siguientes personas: Las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, mediante su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994; las organizaciones autorizadas conforme la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la misma ley.

De igual manera en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 142 de 1994 se determinan especiales condiciones sobre naturaleza y régimen jurídico propio para los entes que pretendan incorporarse al tráfico jurídico de los servicios públicos. En cuanto a su naturaleza, señala la ley que éstas deben tener el carácter de empresas de servicios públicos en la modalidad de sociedades por acciones, cuyo objeto deberá ser el de la prestación de los servicios públicos de que trata la ley de la materia. Esto es, la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la ley sobre la materia, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa. Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita. En tratándose de entidades descentralizadas estatales, la ley circunscribe su régimen jurídico al

de sociedades o empresas industriales y comerciales, cuando sus propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones.

2.1.1.2. Libertad de acceso al mercado

La libertad de acceso al mercado⁵³⁴ postula la necesidad de garantizarles a todos los actores del mercado prestacional de servicios el libre acceso en igualdad de condiciones a las redes, instalaciones e infraestructura necesarias para la adecuada ejecución de los mismos. Los servicios públicos en su mayoría están vinculados para su prestación a redes físicas o humanas⁵³⁵, en tratándose de las primeras, el sistema sostiene que sería inadmisibles que se establezcan limitantes para su uso o aprovechamiento. Las redes como las infraestructuras en virtud de este principio quedan afectadas por su misma naturaleza al servicio, independientemente que sobre las mismas exista algún tipo de propiedad privada⁵³⁶.

El interés general restringe los derechos de propietarios de redes o infraestructuras, estableciendo limitaciones al poder absoluto del mismo para facilitar el libre acceso al mercado de todos aquellos con posibilidad de competir en torno a su prestación en el mercado, cuando se requiera de dicha infraestructura o red para el desarrollo adecuado, eficiente y oportuno del servicio.

Las redes e infraestructuras no son otra cosa que la vía de acceso de los posibles prestadores de servicios al mercado. Las redes e infraestructuras eléctricas, oleoductos y gaseoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de telecomunicación, redes de abastecimiento de agua, autopistas, etc., están sujetas al servicio público que mediante ellas se pueda

⁵³⁴ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 38.

⁵³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 de 1992. En igual sentido, la Sentencia C-205 de 1995. Para la Corte, una de las características de ciertos servicios públicos, como los domiciliarios, es que deben ser prestados a través de redes físicas o humanas.

⁵³⁶ ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 21 y ss.

prestar, obviamente reconociendo a los propietarios, los peajes o costos por sus usos de acuerdo a lo establecido por la regulación.

El profesor Gaspar Ariño destaca cómo esta libertad propia de las actividades competitivas genera también una especial circunstancia de actividad no competitiva, por lo tanto sujeta a la regulación tendiente a su articulación dentro del sistema. El problema de competitividad surge en esencia frente a las estructuras y redes que como veíamos se encuentran gravadas con una afectación al servicio público, con el propósito de que faciliten a todos los prestadores y operadores cumplir con sus propósitos dentro del mercado. Sostiene Ariño y en eso lo acompañamos plenamente a la luz del régimen jurídico colombiano que “[...] *Las infraestructuras son necesariamente de uso común y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios singularizados [...]*”⁵³⁷, porque de lo contrario, la competitividad se haría imposible y el mercado un absurdo si todo operador tuviera que montar sus propias infraestructuras o redes independientes para actuar en el mercado. Por ejemplo, si cada empresa aérea necesitara construir un aeropuerto propio o cada transportador de gas, teléfonos o electricidad construir su propia red, la estética urbana, los espacios territoriales se agotarían en detrimento de la eficiencia, continuidad y eficacia de los servicios, haciéndolos incluso inviables desde la perspectiva económica y jurídica.

Bajo estas circunstancias, el sistema plantea la necesidad de una regulación coherente que le permita el desarrollo de administraciones autónomas y empresariales para las infraestructuras comunes, que brinden a todos los operadores tratamiento igualitario y seguridad para sus operaciones, no involucradas en las intimidades de los negocios de las empresas usuarias de la misma. Por otra parte, la intervención estatal mediante la regulación debe proveer de los instrumentos jurídicos necesarios, con el propósito de contar con un régimen normativo sobre el uso de los bienes comunes y el acceso a las redes dentro de cada servicio.

⁵³⁷ ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, cit., p. 566.

Al igual que en la libertad de entrada, en la de acceso al mercado y en todo lo relativo a la utilización de infraestructuras y redes, las bases conceptuales se desprenden del contenido del artículo 333 constitucional. Para el caso concreto, la Ley 142 de 1994 en su artículo 11.6, al desarrollar el concepto de función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos, señala como una de las obligaciones de la propiedad, es decir una sujeción en virtud de la ley, básica y fundamental, la de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados por la organización para la prestación de los servicios, obviamente que para facilitar la competencia y el tráfico de los servicios públicos.

La libertad de uso de redes e infraestructura la relaciona y amplía el legislador en el artículo 28 de la ley de los servicios públicos a la de construcción, mantenimiento y restauración de las existentes, a su cargo, al reconocer como derecho de todas las empresas la de construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos. Para estos efectos, el legislador habilita a las empresas para que ejerzan las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios y las particulares previstas en esta Ley.

En materia de energía eléctrica, por sus mismas características el asunto resulta aun más dicente frente al principio en estudio. Señala el artículo 28 de la Ley 143 de 1994 que las empresas que sean propietarias de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión, mantendrán la propiedad de los mismos, pero deberán operarlos con sujeción al Reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación, que implican su apertura para quienes deban transitar por ellas. Concepto que se consolida en el artículo 30 del mismo estatuto eléctrico, cuando señala que las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo

soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan. Estas empresas podrán prestar el servicio de servidumbre para telecomunicaciones. Todo lo anterior obviamente previo el pago de las tarifas o peajes que correspondan.

Para el efecto, el artículo 39 de la Ley 143 establece como metodología apropiada para su estructuración la de los cargos asociados con el acceso y uso de las redes del sistema interconectado nacional que cubran, en condiciones óptimas de gestión, los costos de inversión de las redes de interconexión, transmisión y distribución, según los diferentes niveles de tensión, incluido el costo de oportunidad de capital, de administración, operación y mantenimiento, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y de desarrollo sostenible. Estos cargos tendrán en cuenta criterios de viabilidad financiera.

2.1.1.3. Libertad de contratación

La libertad de contratación y formación competitiva de precios es desarrollada por la doctrina⁵³⁸ como el medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado sujetas a las reglas y principios comerciales, en donde la autonomía de la voluntad sea la dominante para cualquier tipo de actuación o decisión, en consecuencia vinculadas a un estricto derecho privado mercantil. Bajo estas circunstancias, la regulación tan solo las pueda afectar de manera excepcional, principalmente para atender la ausencia de mercado, conflictos relativos a la competencia o para evitar afectaciones graves contra el interés general. En este sentido, la libertad de contratación implica o conlleva algunas otras como las de libertad de compra, venta, de productos o servicios, de extender servicios en cualquier parte del territorio, libertad de movilización y presencia en todos los lugares en donde pueda negociar en la prestación de los servicios de su especialización o en aquellos que se encuentre en capacidad técnica, financiera y legal de prestar, por lo tanto, libertad o para diversificar en sus actividades de servicios (áreas conexas o complementarias),

⁵³⁸ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 38.

sin desconocer los límites que por razones de interés general le pueda imponer la reglamentación⁵³⁹.

Doctrinalmente, a partir del principio de libertad de contratación y sobre todo de la multiplicidad de negocios en el mercado, se espera que surjan los precios para aquellos servicios verdaderamente competitivos. “[...] *La formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad regulatoria [...]*”⁵⁴⁰. Frente a estos planteamientos, se sostiene que la regulación estaría limitada exclusivamente a hacer respetar las reglas del mercado involucradas en la formación competitiva de los precios y a evitar desmanes o prácticas restrictivas protagonizadas por los actores del mercado. Sin embargo, en nuestra opinión, en economías como las latinoamericanas, la regulación tiene que ir mucho más allá en el establecimiento de reglas de convivencia comunitaria interviniendo en la fijación de normas relacionadas con los precios de ciertos servicios básicos y fundamentales como los domiciliarios.

La libertad de contratación tiene sus fuentes en la garantía a la iniciativa privada establecida en el artículo 333 de la Constitución Política. En tratándose de su relación con la formación de los precios del mercado competitivo, la legislación colombiana lo acepta siempre y cuando se trate de mercados en los cuales la libertad sea posible, como sucede en materia de energía eléctrica entre generadores, distribuidores o grandes consumidores, conforme lo especifica el artículo 26 de la Ley 143 de 1994. En los casos en que el interés general lo requiera, en cuanto el mercado no se encuentre de lograr mínimos equitativos en materias de precios para la población, el artículo 2.9 de la Ley 142 de 1994 autoriza la intervención del Estado para establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad. Esta situación se refleja, por ejemplo, en materia de energía eléctrica al hacerse diferencia entre usuario regulado y no regulado, entendiendo por estos últimos aquellos que de acuerdo a su

⁵³⁹ ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 24 y ss.

⁵⁴⁰ ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, cit., p. 567.

capacidad de consumo se encuentran en condiciones de sentarse a la mesa en igualdad con las empresas de servicios públicos para negociar las cantidades de energía que requieren. O en los negocios de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no regulados, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Eléctrica son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. A similar régimen deben someterse las transacciones que se realicen a través de interconexiones internacionales.

En tratándose de los usuarios regulados por su situación de minoridad y debilidad deben ser objeto de protección por el Estado a través de la normatividad protectora de las comisiones correspondientes. Para el caso del sector de energía eléctrica, se ha entendido por el legislador que usuario regulado es la persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación, con el propósito de protegerlo y garantizarle un marco predefinido de reglas para los precios de la energía que debe consumir para su subsistencia doméstica o domiciliaria.

La intervención de la regulación en la materia se deja percibir en el caso de la legislación colombiana en las disposiciones de la Ley 142 de 1994, relativas al establecimiento de fórmulas tarifarias por las comisiones de regulación en las áreas de su competencia. Los artículos 124 a 127 de este estatuto de servicios públicos establecen los procedimientos a seguirse por las empresas, con el propósito de obtener los marcos tarifarios para el ejercicio de su actividad de prestación.

2.1.1.4. Libertad de inversión

El principio de libertad de inversión pretende identificar uno de los elementos esenciales de los servicios en el mercado competitivo y es el relacionado con la posibilidad de que los sujetos particulares inviertan en todos los aspectos de los servicios y reciban en consecuencia la rentabilidad que el mercado

determine por estas inversiones. El Estado no está llamado más a invertir en aquellos sectores donde la iniciativa privada pueda llevar e invertir sus recursos y patrimonios⁵⁴¹. Al fin y al cabo es el mercado el que les crea las necesidades a sus protagonistas, en este sentido, el sector público debe asumir otras responsabilidades en la mayoría de los casos ajenos totalmente a la inversión en servicios⁵⁴².

Este principio relacionándolo con la legislación colombiana nos permite contemplar un escenario bastante interesante, en cuanto es claro que la gran regla general es la de la prestación de los servicios públicos en cuanto sean objeto de la competencia y del mercado, luego en estas hipótesis el régimen llama a la necesaria inversión privada en todo lo relacionado con ellos. Es más, dentro de los instrumentos del Estado intervencionista establecidos en el artículo 3 numerales 1 y 8 de la Ley 142 de 1994 están los de promover y apoyar a las personas que presten servicios públicos y estimular la inversión de los particulares, de manera tal que sea el capital privado el que fortalezca el sector y no los recursos de la comunidad. No obstante lo anterior, en los territorios no competitivos, la inversión pública continúa sosteniendo integralmente los servicios públicos. De la lectura de los artículos 5, 6, 7, de la Ley 142 de 1994, se deduce claramente que le corresponde al Estado en cabeza de los municipios y departamentos asumir las responsabilidades de inversión cuando la iniciativa particular y privada no encuentre los incentivos del mercado suficientes para asumir la problemática integral de los servicios públicos.

⁵⁴¹ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 38 y 39.

⁵⁴² ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 25 y ss.

2.1.2. Las libertades bajo un esquema de actividades no competitivas

2.1.2.1. Servicio público universal. Puertas abiertas para la entrada excepcional de la figura de la concesión administrativa bajo la construcción neoliberal

El concepto de servicio público universal es traído por la doctrina neoliberal para destacar las obligaciones y compromisos de la regulación ante las insuficiencias del mercado y de la competencia que llevan a situaciones de ausencia en la prestación del servicio con evidente detrimento de los intereses generales de la población⁵⁴³. Se trata de un postulado que genera para el Estado una especie de “*carga de reserva*” para la regulación y si es del caso la prestación del servicio ante la ausencia o fallas de los elementos propios del mercado que no permitan su prestación por los actores privados⁵⁴⁴.

La dinámica de la doctrina neoliberal rotula sutilmente esta carga como la de servicio público universal, y busca ante todo que el Estado garantice la universalidad, igualdad, continuidad y acceso al servicio a todos los usuarios bajo niveles de calidad determinada, sin restricciones en razón de ubicación y bajo precios asequibles. Frente a esta situación crítica, el sistema les traslada a las autoridades el deber de brindar soluciones que el mercado por sus insuficiencias no pudo ofrecer.

Bajo este postulado, se entiende entonces el papel protagónico de la administración reguladora dándole salidas efectivas al conflicto, generando las condiciones necesarias para evitar la ausencia de servicios de calidad en la población, determinando las condiciones para que un operador determinado preste el servicio, o en últimas que el gran garante de toda la prestación –el Estado– opere el servicio correspondiente⁵⁴⁵. En fin significa que el Estado no puede perder, ni siquiera bajo la construcción neoliberal su papel de prestador –lo bueno, para los particulares; lo peor, para el Estado.

⁵⁴³ Véase HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 40.

⁵⁴⁴ GASPAR ARIÑO ORTIZ y JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ. “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en *Revista Vasca de Economía. Ekonomiaz*, n.º 37.

⁵⁴⁵ ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 32 y ss.

Se sostiene entonces que en estos casos se presenta una situación de servicio esencial o básico universal, que debe ser garantizado en toda comunidad como mínimo para la convivencia y satisfacción de los intereses ciudadanos. Al no existir competencia, en cuanto posiblemente no exista ningún tipo de oferta, porque la relación entre costos y rendimientos no satisface al interés privado, la concepción neoliberal acude a lo que entiende como un mecanismo excepcional, sostiene que algún operador debe ser obligado por la regulación a garantizar el mínimo vital del servicio o su esencia universal. Resulta obvio que en economías como las nuestras, ese operador de repuesto ante la ausencia de mercado no puede ser otro que el Estado quien incluso resulta financiando el servicio con presupuesto público.

Esta situación que para la teórica neoliberal, es ante todo excepcional, en economías como las nuestras, puede fácilmente configurar una regla general, ante la ausencia, en relación con ciertos servicios de condiciones económicas y de mercado que sean lo suficientemente razonables como para soportar operadores privados. Traslándosele la carga al estado, adquiere este por la vía de la obligación o carga del servicio universal, de una titularidad excepcional en relación con la actividad en cuestión que lo habilita para su prestación directa o indirecta. La concesión, no obstante, los discursos detractores, vuelve y juega como un instrumento trascendente de carácter prestacional.

Por lo menos en el caso colombiano, así se puede deducir de la lectura del artículo 365 constitucional, que coloca al Estado como un posible prestador de los servicios públicos, principio que es llevado a la Ley 142 de 1994 en su artículo 6, en cabeza de los municipios a títulos de garantes del servicio universal, eso sí sujetos a las reglas y regulaciones del sistema, como si fueran otros operadores más sujetándose incluso al derecho privado⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ Ley 142 de 1994. Artículo 6.º. "Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos: 6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo; 6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros

2.1.2.2. Libertad de instalación y gestión de infraestructuras

En directa relación con la libertad de acceso al mercado y con el propósito de garantizar éste, la doctrina ha desarrollado, bajo el concepto de actividad no competitivas, el de la instalación y gestión de infraestructuras, esto, en la medida en que no pueden ser objeto de sujeción a las reglas del mercado, sino por el contrario a la regulación administrativa, para garantizar la efectividad de las libertades propias de la competencia y del mercado⁵⁴⁷.

Como observamos a propósito de la proclamada libertad de acceso desarrollada por la concepción neoliberal, las infraestructuras, redes, e instalaciones configuran los instrumentos materiales, que en igualdad de condiciones deben usar los actores del mercado para la adecuada prestación de los mismos, por lo tanto están afectadas a un uso común, que implica su

municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada; 6.3. Cuando aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las comisiones de regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios; 6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos. En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y de las Comisiones. Pero los Concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de esta ley. Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las comisiones de regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar. De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho [...]". [sic]

⁵⁴⁷ RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid, Inap, 2003.

gestión autónoma, tanto de los prestadores, como incluso de la administración, por lo tanto debe dársele un tratamiento empresarial y por fuera de la competencia; debe estar sujeta a un régimen regulatorio propio y particular en cada caso, dadas sus peculiaridades técnicas y las sustanciales diferencias de acuerdo a cada actividad o sector de servicios, régimen que en la medida de lo posible debe contemplar, quienes pueden acceder a las mismas, condiciones, etc. La regulación debe definir la instalación eficiente de infraestructura para garantizar la libertad de entrada sin pérdida de esfuerzos y con razonable economía⁵⁴⁸.

2.2. ¿El derecho privado como la base jurídica del nuevo sistema? ¿El derecho público como regla de excepción?

2.2.1. La situación actual del problema

Esta nueva concepción económica, antagónica con el modelo administrativo de prestación y asistencia a la sociedad, revolucionó las bases jurídicas rectoras de las relaciones entre servicios públicos, comunidad y Estado⁵⁴⁹, planteando nuevos principios y contenidos normativos para esta realidad, en donde el derecho público resulta ser aparentemente, una simple regla de excepción o incluso para algunas situaciones inaplicables por no decir inexistentes, mudando en consecuencia el objeto y contenido del derecho administrativo como un régimen jurídico especial y exceptivo al derecho común en materias tan fundamentales para la vida de la comunidad, como la de los servicios públicos.

Discusión novedosa en cuanto a las razones que se dan para su sustentación, pero que no resulta nueva desde la perspectiva histórica, en donde incluso se ha llegado a sostener la misma inexistencia de un derecho administrativo

⁵⁴⁸ ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 26 y ss.

⁵⁴⁹ PAREJO ALFONSO. *Eficacia y administración. Tres estudios*, Madrid, Map, 1995, pp. 30; 46 a 49.

propio y sustancial⁵⁵⁰, es más, lo que se observa en la doctrina en relación con el concepto del derecho administrativo, es una búsqueda incansable por darle un contenido sustancial a la disciplina⁵⁵¹.

Se fundan estas apreciaciones en que los actores principales del nuevo sistema son sujetos particulares o excepcionalmente entes públicos que funcionan como particulares en el tráfico jurídico, sujetos necesariamente al derecho privado⁵⁵², y además, en que desde la perspectiva material, la actividad desarrollada para la prestación u operación de los servicios en un régimen de libertad económica y de mercado es de naturaleza mercantil, de aquí que su derecho sea el propio de la iniciativa privada. El derecho privado y el nuevo sistema de los servicios públicos van siempre juntos, rompiendo cualquier posibilidad de injerencia unilateral de la administración en contra de los postulados básicos que he indicado en los numerales anteriores⁵⁵³.

No obstante, el Estado conserva innegables responsabilidades respecto de funciones administrativas y de servicios públicos en relación con los cuales conserva titularidad, que por regla general deben regirse necesariamente por el derecho público administrativo. Además, debe observarse que la organización estatal en estos asuntos prestacionales ha sufrido también evidentes mudanzas frente a la moderna concepción económica liberal de los servicios, transformaciones que implican asumir funciones de regulación, inspección, control y vigilancia de los mismos. Atribuciones estas de clara naturaleza administrativa, que deben sin discusión someterse a los parámetros y principios del derecho administrativo, a las reglas que nos indican que existe un

⁵⁵⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., pp. 21 y ss. Del mismo autor puede consultarse "Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo", en RAP, n.º 140, 1996.

⁵⁵¹ RIVERO. "¿Existe un criterio de derecho administrativo?", en *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis-Universidad del Rosario, 2002, p. 27. Puede consultarse en torno a esta problemática PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

⁵⁵² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. "Reflexiones sobre las privatizaciones", en RAP, n.º 144. 1997.

⁵⁵³ LUIS ORTEGA ÁLVAREZ. "El reto dogmático del principio de eficacia", en RAP, n.º 133, 1994. "[...] nada impide que el estado considere que el juego de las reglas del mercado son [sic] el mejor instrumento para la consecución de sus objetivos programáticos en relación con determinados tramos o sectores de actividad ni que, como es algo ya habitual, someta sus propias organizaciones a las reglas del derecho privado [...]".

derecho público especial que regenta el comportamiento del sector estatal para el ejercicio y cumplimiento de sus cometidos.

Contexto normativo y de principios que desaparece dentro de las construcciones del modelo neoliberal, en los casos excepcionales en que el Estado o sus organismos deban asumir la prestación u operación directa de los servicios, en virtud de que se considera que en estos eventos, el aparato público actúa dentro del mercado como un sujeto protagónico más, por lo tanto sujeto al derecho que por regla general se aplica a los sujetos y actuaciones materiales del mercado y de la libre competencia, como lo es el privado.

Procede en igual forma el derecho administrativo en los servicios públicos, cuando las empresas u operadores privados o públicos deben cumplir excepcionalmente funciones materialmente administrativas, expresamente asignadas por el legislador en un ámbito indiscutible de colaboración, que no convierte en privada la atribución, para estos efectos las empresas de servicios públicos actuarían de manera excepcional en el tráfico jurídico como autoridades, sujetas a sus mismos principios, valores y normatividad y, por lo tanto, de responsabilidades de aquellos.

La regulación o intervención cuando se hace necesaria procede con fundamento en un derecho público administrativo predeterminado por el mercado y la competencia, es decir, de contenido y calidad sustancialmente distinto al tradicional, de aquél que todos conocemos como producto de la concepción continental o europea. Lo que no pierde y conserva, el derecho administrativo del nuevo modelo, es su carácter de protector y garantizador del interés general, marca ésta que nunca desaparece por más intensa que sea la presencia del interés privado o del capital en la prestación u operación de servicios públicos.

2.2.2. Una propuesta de solución en derecho y armoniosa al conflicto

Esta situación de aparente contradicción en cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos no puede en manera alguna constituirse en una talanquera para el funcionamiento del sistema, en cuanto que, el derecho es uno sólo⁵⁵⁴ y la pugna entre el público y el privado, un dogma sofisticado de incalculable subjetivismo en cuanto resulta ser una realidad de bulto la mixtura de contenidos del denominado derecho administrativo⁵⁵⁵. Lo cierto resulta ser que la administración no siempre se ha regido por un derecho puramente administrativo⁵⁵⁶. El gran universo del derecho positivo permite todo tipo de interrelaciones de manera dialéctica entre los diferentes subsistemas que lo integran, con el fin de procurar el cumplimiento de los propósitos generales de la organización política y dentro de ella los intereses legítimos de los particulares cuando sea del caso.

Bajo esta perspectiva, consideramos tanto al derecho administrativo como al privado en todas sus modalidades, subsistemas jurídicos, en la medida en que constituyen conjuntos normativos sectoriales dentro del universo del derecho positivo, con individualidad y características propias que permiten distinguirlos de otros sectores normativos, deducir reglas y formular principios peculiares a sus contenidos. En la medida en que interaccionan dentro del sistema, esto es, se sujetan al devenir de las normas, principios, reglas, interpretaciones y finalidades, de unos y otros en virtud de sus necesidades, se nos tornan en fenómenos cambiantes, en cotidiano movimiento y transformación. Es más, podría pensarse que están en permanente construcción en razón de su incuestionable relación con lo político y social que de por sí implican movilidad y cambio, configurando el marco del derecho aplicable a la administración en muchos casos⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 169 a 184.

⁵⁵⁵ MALARET I GARCÍA. *El derecho de la administración pública: derecho público y derecho privado; relevancia de los principios constitucionales*, Madrid, Institut d'Estudis Autònoms-Marcial Pons, 1999, p. 14.

⁵⁵⁶ ORTEGA ÁLVAREZ. "El reto dogmático del principio de eficacia", cit.

⁵⁵⁷ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 56 y ss.

En cuanto dialécticos, los subsistemas jurídicos normativos del derecho administrativo y del privado se relacionan y nutren a su vez con la totalidad de los subsistemas del derecho positivo, están en permanente comunicación con éstos, haciendo del derecho positivo un todo o unidad homogénea o inseparable. El derecho en sí mismo es uno sólo parcelado para efectos científicos y académicos, pero que en su práctica, cotidianidad y dinámica, funcionan sincronizados, haciendo que cada una de sus partes funcione armónicamente en favor del universo jurídico, al que conocemos como derecho positivo.

La principal consecuencia del derecho administrativo, entendido como subsistema jurídico frente a su objeto, esto es, ante la administración pública, es la de hacer de ésta un fenómeno ligado a lo jurídico, vinculada necesariamente al sistema normativo, sometida al derecho. Esta consecuencia es relativamente reciente y corresponde a las formulaciones doctrinales del Estado de Derecho y a los postulados de la institucionalización del poder, que generan el moderno principio de legalidad o de sujeción, respeto y acatamiento al bloque de la legalidad. No sólo a la legalidad en sentido general, esto es, a la totalidad del ordenamiento positivo, sino también, en concreto, a las normas y principios específicos que le dan razón y orientan su acción dentro del conglomerado estatal y a las que la misma administración pública profiera⁵⁵⁸.

La formulación del principio de legalidad como soporte del derecho administrativo en especial de su objeto –la administración pública–, sobre todo frente a las observaciones en torno a su entendimiento dentro del contexto del derecho positivo, genera una interesante situación interpretativa para su estudio. Se trata de saber si el derecho administrativo es el único subsistema normativo aplicable a la administración pública. Igualmente aplicando las reflexiones sobre el carácter del sistema del derecho positivo cabe preguntarse frente a los sujetos particulares de si el derecho privado es el único subsistema que les puede ser aplicado, bajo determinadas circunstancias, como en los casos en que con sujeción a la economía de mercado asuman

⁵⁵⁸ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 293.

responsabilidades en materia de servicios públicos, en donde siempre está de por medio el interés general.

Es decir, ¿están la legalidad de la administración pública o el actuar autónomo de los particulares sujetos exclusivamente por las ramas del derecho positivo que tradicionalmente se le han predicado como propias? La respuesta a este interrogante nos la proporciona el planteamiento ya expuesto, según el cual los subsistemas jurídicos normativos administrativo, privado, etc., en cuanto los fenómenos dialécticos, se relacionan con la totalidad de los otros subsistemas propios del derecho positivo, haciendo de éste una unidad homogénea. Si esto es así, y si hemos predicado que la administración pública es un fenómeno sometido al derecho administrativo, la conclusión no puede ser otra de que en cuanto sistema normativo, el derecho administrativo no es la exclusiva legalidad de la administración pública y que el derecho privado no sería bajo determinadas circunstancias, el único régimen jurídico al que podrían estar vinculados los particulares⁵⁵⁹.

En el derecho colombiano, esta característica del derecho administrativo y de la legalidad de la administración pública, al igual que de la injerencia del derecho administrativo en las relaciones entre los particulares limitando muchas veces la autonomía de la voluntad ha sido una constante en aumento. Basta recordar los regímenes de la contratación estatal (Ley 80 de 1993); de los servicios públicos (Ley 142 de 1994), de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta (Ley 489 de

⁵⁵⁹ SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo* I, cit., pp. 56 a 60. En la doctrina administrativa, el tratamiento del asunto apunta en esta misma dirección. SANTAMARÍA PASTOR sostiene precisamente que “[...] hoy es un hecho notorio que la administración pública no se rige solo, en su organización y actividad, por el derecho administrativo, y como tal, este hecho debe ser tranquilamente asumido [...]”. GARRIDO FALLA (*Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1994, p. 124) comparte estas apreciaciones e indica al respecto que “[...] es un hecho –y de la máxima actualidad– que la totalidad de la actividad administrativa no está sometida al derecho público administrativo; antes bien, hay actos de la administración que están sometidos al régimen jurídico privado [...]”. Según PARADA (RAMÓN PARADA. *Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 12), la solución al interrogante es similar: “[...] las normas administrativas, en efecto, tienen como sujeto o destinatario a una administración pública de forma tal que no se entienden o no son tales sin esa presencia. Pero esto no supone que las administraciones públicas no puedan utilizar o formar parte de relaciones jurídicas reguladas por normas no administrativas, puesto que una cosa es utilizar una determinada normativa y otra, muy distinta, que la normativa se halle destinada o presuponga, en todo caso, su aplicación a un determinado sujeto [...]”.

1998); de los trabajadores oficiales y otros muchos que se han venido creando últimamente, formándose así una especie de situación excepcional frente al tradicional derecho administrativo o a la dogmática clásica del derecho privado que pretende ser revivida por las doctrinas neoliberales.

2.2.3. El dilema de lo público y de lo privado

Las anteriores discusiones corresponden desdichadamente a deformaciones históricas sin un fundamento jurídico material válido, que permita respetar su utilización en las horas actuales de las relaciones jurídicas⁵⁶⁰. La distinción entre derecho público y derecho privado es propia de los países continentales europeos. Ni el derecho inglés, ni el de los Estados Unidos, ni el de los países escandinavos reconocen la división del derecho público y privado. En líneas generales, a través del derecho público se pretende englobar aspectos como los siguientes: reglamentación de intereses públicos; reglamentación de las relaciones jurídicas que tienen en primer lugar un interés público; normas para las relaciones jurídicas que conciernen a la autoridad pública como tal, la organización de los poderes públicos y las relaciones de estos poderes con los particulares; las normas de derecho público son aplicadas y puestas en práctica por los órganos de la autoridad pública que deben hacerlas valer de oficio; las normas de derecho público tienen en su mayoría un carácter imperativo⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ KELSEN. *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 287. La diferencia absoluta y radical que se pretende hacer entre el derecho público y el privado es esencialmente "extrasistemática", es decir "[...] una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado [...]". Se trata de una diferencia estrictamente ideológica, sin base teórica alguna. Del mismo autor puede consultarse, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 241, en donde reitera la tesis del carácter artificial de la distinción e incluso sostiene que el llamado derecho privado es de aplicación plena a las relaciones jurídicas del Estado.

⁵⁶¹ HANS ANKUN. *La noción de *ius publicum* en derecho romano*, tomo LII, Madrid, AHDE, 1983. "[...] La distribución moderna entre derecho público y derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano, D. 1,1,1,2 y de Inst. 1,1,4. Pero la dualidad del derecho romano y del derecho moderno están lejos de ser idénticas [...]" [sic]. La utilización del término por los romanos no fue uniforme: en algunas oportunidades aparece como opuesta a *ius privatum*; o como parte del *ius privatum*, en otros, conjugando normas de derecho público y de derecho privado en un concepto similar a derecho imperativo; "[...] hay muchos textos donde el término *ius publicum* es utilizado sin que exista junto a este *ius publicum* un *ius privatum* contrapuesto. En todos estos textos el *ius publicum* tiene la significación de derecho positivo [...]"

No obstante, un gran sector doctrinal insiste en preferir la conceptualización del derecho administrativo a partir de su carácter de derecho público y el civil o comercial como fenómeno diferente de estricto derecho privado. Se trata de posiciones y concepciones que recibimos pacíficamente y consideramos intrascendente, si la clasificación de lo público o privado se predica dentro del universo de lo jurídico-positivo, esto es, como subsistemas integrados dentro de los marcos superiores del derecho positivo.

Quienes reducen el concepto a estos extremos, plantean como tema de discusión, este sí, significativo e importante, de cual serían los límites del derecho administrativo y del derecho privado. Se trata de medir hasta dónde va el derecho administrativo y dónde empiezan otros subsistemas jurídicos como es el caso del derecho privado. Es quizá éste un dilema al cual ya le dimos respuesta en el numeral anterior, partiendo del punto de vista de la unidad en el sistema del derecho positivo. Es decir, en el reconocimiento de la interacción permanente entre los subsistemas, integrantes del sistema del derecho positivo, en donde el derecho administrativo, en razón de su individualidad, agrupa teóricamente la normatividad predominante para la administración pública, reconociendo que otros subsistemas también constituyen legalidad para la misma.

En tratándose del conflicto específico, quienes lo observan desde la perspectiva de la distinción entre derecho público y derecho privado, se encuentran frente al permanente dilema del acrecimiento recíproco de las dos distinciones. En la ocupación de espacios tradicionalmente reservados a la una, por la otra.

A la publicitación de materias típicas del derecho privado o a la privatización o sujeción al derecho privado de materias supuestamente reservadas al derecho público. Para ellos, se trata de una verdadera crisis del derecho: de la ruptura de los esquemas tradicionales en detrimento de un objeto estable del derecho. Para otros, entre los que nos ubicamos, el problema que no es problema, se

trata ante todo de la dinámica natural de la ciencia jurídica, que en cuanto fenómeno dialéctico, adquiere el movimiento y transformación necesaria según las circunstancias.

2.2.4. Preservación del principio de legalidad –sujeción al derecho– para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares. Posibilidad de conjugar estas dos bases

En el conflicto del derecho público-privado frente a la administración pública o para quienes ejerzan funciones administrativas, lo primordial es la preservación del principio de legalidad⁵⁶². Desde la perspectiva de la dinámica e interrelación del sistema del derecho positivo, el asunto es algo previsible y esperado. No puede ser causa de preocupación alguna, sobre todo si se preserva el principal valor de la administración dentro del Estado de derecho, cual es el del respeto y acatamiento al principio de la legalidad como rector y determinador de la existencia de aquella y el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado, en la búsqueda de la consolidación del Estado social y democrático de derecho; así se le aplique a la actividad pública ropaje propio de los particulares, materialmente la administración seguirá siendo administración y ese ropaje deberá sujetarse a una realidad la del interés general, así hubiere vestido y brindado elegancia a la autonomía de la voluntad propia de los particulares.⁵⁶³ ⁵⁶⁴

⁵⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 87.

⁵⁶³ IGNACIO BORRAJO INIESTA. "El intento de huir del derecho administrativo", REDA, n.º 78, abril-junio de 1993, p. 233. BORRAJO INIESTA insiste sobre este aspecto de la discusión, planteando tres postulados básicos que hacen del asunto un problema de mínima importancia práctica. En primer lugar, sostiene, el hecho de la regulación por el derecho privado de asuntos considerados como típicos del derecho público no significa una huida de éste y del control requerido sobre la función respectiva. "[...] *Las técnicas para sujetar el poder al derecho que ofrecen los códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes* [...]". En segundo lugar, la supuesta huida al derecho privado por parte de la administración resulta en cierta forma prácticamente inútil: "[...] *la administración no puede dejar de ser lo que es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos* [...]". Siempre habrá que acudir al derecho anterior para encontrar la esencia de las instituciones ahora amparadas por las formas privadas. En tercer lugar, el avance del derecho privado no significa ausencia del control sobre la administración: la jurisdicción contenciosa administrativa no es la única que puede ejercer el control jurisdiccional. Si bien históricamente nuestro sistema la instituye, en otras latitudes el control se ejerce por otros jueces. En esencia, este aspecto no es fundamental para la discusión. "[...] *Es inaceptable identificar el control judicial de la administración pública con el orden jurisdiccional contencioso administrativo*:"

Cualquiera que sea el camino que adopte la función, así sea su regulación bajo un régimen de derecho público o de derecho privado, lo trascendental e importante es que las bases indicadas se mantengan y que se entienda que por este hecho la administración no deja de ser administración, ni que sus funciones se han desfigurado rumbo a las propias de los particulares⁵⁶⁵. La verdadera crisis dentro del conflicto entre el derecho público y privado surgiría en el momento de ruptura o abandono de estos postulados, que llaman al ejercicio del poder público con sujeción a la legalidad –al derecho–, como garantía contra la arbitrariedad y la preservación de los principios y valores propios del interés general.

El problema que quiere hacerse surgir entre el derecho público y el privado, insisto, no tiene sentido alguno. Corresponde a razones históricas, más que jurídicas, que se ubican en el ánimo y sentimiento de los primeros estudiosos de la materia, que pretendían, por razones de orgullo, individualizar la disciplina de manera tal que se consolidara como autónoma y totalmente independiente

dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales, como para los intereses generales, por los jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del derecho [...]”. Este aspecto del control habría que mirarlo más bien desde la óptica de la conveniencia. ¿Qué sería lo más adecuado para el control jurisdiccional: su sujeción a una jurisdicción especializada o el retorno a los jueces ordinarios? Respuestas que correspondería formular frente a la realidad política y jurídica de cada país.

⁵⁶⁴ ORTEGA ÁLVAREZ. “El reto dogmático del principio de eficacia”, cit.

⁵⁶⁵ SILVIA DEL SAZ. “Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo, Tres estudios* (s. l.), UNED-Civitas, 1992, p. 99. Sostiene esta autora que el equilibrio entre el derecho público y el derecho privado se ha venido rompiendo en los últimos tiempos como fruto de las ideologías liberalizantes y del llamado principio de eficacia. De esto, el resultado ha sido la aplicación del derecho privado a las administraciones públicas y la consecuente entrada en escena de la jurisdicción civil y laboral al conocimiento y juzgamiento de la actividad de la administración pública. Estas actitudes están dominadas de manera tal que la gran panacea para todos los males y deficiencias de la administración parece haberse ubicado en estas actitudes de privatización del objeto del derecho público. “[...] Se cometería, sin embargo, un grave error de apreciación si se creyese que este fenómeno encubre una liberalización que se traduce en una reducción del sector público por traspaso al sector privado, o que avoca a un menor intervencionismo. ¡Nada de eso!; las administraciones públicas, aun cuando repudian los procedimientos de control que les son propios y rechazan la justicia administrativa, no dejan de ser lo que son, es decir, organizaciones que se costean totalmente desde los presupuestos del Estado [...] básicamente, la fuga del derecho público puede concretarse por una parte en la huida de los procedimientos administrativos de control del gasto tachados de lentos, ineficaces e inadecuados, y, en la fuga de los procedimientos de selección de contratistas y funcionarios [...]”. A lo anterior agrega la autora la posible ausencia de control de la actividad administrativa. Véase, de la misma autora, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones aplausos y críticas”, en *RAP*, n.º 133, 1994.

del derecho privado, subsistema éste del derecho positivo que lo nutría y aún hoy, por su generalidad, continúa proporcionándole sustentos doctrinales y teóricos importantes. El derecho administrativo nace y se alimenta de los contenidos del derecho privado, siendo ésta una realidad que aún no ha sido posible vencer por los dogmáticos administrativistas⁵⁶⁶.

No es que existan dos ordenamientos normativos independientes para el Estado (público) y la sociedad (privado), el derecho es uno sólo, como ya lo expusimos, interrelacionado y dinámico. Esta situación, el carácter sistemático con que debemos entender el derecho administrativo y sus relaciones con el derecho positivo ha llevado a sostener la existencia de una especie de “derecho común” entre administración y derecho constituido, por la superposición de algunos subsistemas que regulan dentro del derecho positivo a la *administración*⁵⁶⁷. El razonamiento resulta claro e interesante, visto desde la perspectiva de los sistemas, en la medida en que podría implicar la generación de otros subsistemas del sistema positivo, regulador de unos aspectos muy específicos, cuales son los emanados de la privatización de la actividad pública y de la publicación de la actividad privada.

Lo importante para los sujetos particulares es que el avance del subsistema de derecho público administrativo no rompa con su columna vertebral en materia de principios. Esto es, se preserve la esencia de su razón jurídica como es la libertad y la autonomía de la voluntad, y lo trascendente para los sujetos públicos y para el destino de la administración pública cuando acude a las

⁵⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA. “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario”, RTDP, n.º 1, 1960. Ahora bien: estas circunstancias influyen en la discusión para que permanezca y se reviva de manera interminable. GARCÍA DE ENTERRÍA entiende en este sentido la discusión y reconoce la notoria y decisiva influencia del derecho privado en la construcción del derecho administrativo. El derecho civil, por siglos, ha constituido el derecho común de la ciencia jurídica e incluso vanguardia importante de la teoría general del derecho. Esta situación hace que el derecho administrativo se encuentre ante una circunstancia de no haber superado la antigua fuerza atractiva del derecho civil.

⁵⁶⁷ SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo* I, cit., p. 59: “[...] La publicación del derecho y del mundo privado es un hecho correlativo al de la creciente privatización de las actividades de los entes públicos: dos fenómenos de aproximación, en definitiva, que están dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de derecho común; de una regulación de caracteres unitarios, o sensiblemente próximos, aplicable tanto en ámbitos privados como públicos, y a la que el derecho administrativo ha tenido el honor de aportar no pocos elementos [...]”.

normas propias del derecho privado, es que está involucrando la norma formalmente considerada con el mundo sustancial del interés general, que configura la línea conductora de todo lo público⁵⁶⁸. Se tiene que admitir bajo esta perspectiva, que la norma proveniente del subsistema del derecho privado, no tiene la virtualidad de desnaturalizar el interés público o general que inspira y orienta a la administración pública⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ ORTEGA ÁLVAREZ. “El reto dogmático del principio de eficacia”, cit. “[...] el proceso de interpenetración entre Estado y sociedad que se produce con la extensión y profundización de la democracia política tiene como resultado el que lo público no se defina por el agente que lo realiza, sino por el conjunto de objetivos socioeconómicos respecto de los cuales el Estado pretende obtener unos resultados determinados, es decir, objetivos cuyos resultados no se dejan indiferentemente a la mera iniciativa privada y al juego de las reglas del mercado [...]”.

⁵⁶⁹ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., pp. 293 y ss.

CAPÍTULO II

EL SERVICIO PÚBLICO Y LA CONCESIÓN Y SU DESARROLLO EN EL CONTEXTO POLÍTICO Y JURÍDICO NACIONAL

I. EL SERVICIO PÚBLICO Y SUS FORMAS PRESTACIONALES HASTA LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE 1991

Las grandes discusiones políticas, jurídicas y sociales expuestas a propósito de los servicios públicos y de las responsabilidades estatales en la materia no se dieron en Colombia de manera simultánea, ni con su misma intensidad a la que se dio en la historia europea. El capitalismo industrial y el libre mercado, no obstante el carácter pasivo del Estado colombiano en materia de intervención social y económica, no lograron penetrar las incipientes estructuras sociales y económicas colombiana del siglo XIX, con la misma características que se dieron en el viejo continente⁵⁷⁰. La realidad agrícola y minera de nuestras estructuras económicas retardaron los efectos del capitalismo libertino en la sociedad colombiana, a pesar del predominio del modelo liberal de desarrollo que culturalmente se arraigaba bajo la concepción de que el desarrollo económico era en esencia responsabilidad de los particulares. Lo anterior, sin embargo, no fue óbice para que se dieran algunas situaciones de intervención del Estado en la economía, no dentro de los marcos ideológicos expuestos anteriormente, sino por el contrario, sobre la base de situaciones coyunturales y particulares más de carácter político-paternalista que económicos⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ ÁLVARO TIRADO MEJÍA. *Introducción a la historia económica de Colombia*, Bogotá, El Áncora, 2001, pp. 119 y ss. Puede consultarse LUIS EDUARDO NIETO ARTETA. *Economía y cultura en la historia de Colombia*, Bogotá, Banco de la República, El Áncora, 1996, pp. 229 y ss.; LUIS FERNANDO LÓPEZ GARAVITO. *Pensamiento económico y fiscal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 13 y ss.

⁵⁷¹ JORGE ORLANDO MELO. "La evolución económica de Colombia", en *Nueva historia de Colombia*, tomo II, Bogotá, Planeta, 1989, p. 84. Si bien es cierto que la característica económica dominante de la Colombia del siglo XIX fue la de una comunidad sumida en el modelo liberal, que dejaba las puertas abiertas a la iniciativa privada, fue común que el Estado interviniera y participara en la actividad económica que había existido durante la época del gobierno español. Así mismo, se justificaba este tipo de actuaciones unilaterales, con el propósito de obtener mayores recaudos para el fortalecimiento de los ejércitos a través de políticas aduaneras y de tarifas en el comercio exterior, al igual que para efectos de la beneficencia pública, que daba dividendos políticos e impedía que se pudiera objetar el papel del Estado en razón de su debilidad. "[...] Esto explicaba la resistencia de los primeros gobiernos, pese a las explícitas manifestaciones de fe en lo que podríamos llamar un modelo

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DEL SERVICIO PÚBLICO Y DE LOS DESARROLLOS NORMATIVOS DE LA FIGURA CONCESIONAL

Lo anterior explica la inclusión en los textos constitucionales de la República de atribuciones relativas a servicios públicos bajo la responsabilidad de los entes públicos, generando en consecuencia una especie de régimen mixto para su prestación, en cuanto era factible que algunos de ellos fueran asumidos por la iniciativa privada, sin embargo, los de gran envergadura como las obras públicas, de fomento o de comunicación terminaban siendo financiados por el Estado, en razón de sus altos costos y la falta de capitales nacionales suficientes para sufragarlos.

El Estado creó así mismo incentivos, estímulos y apoyos a la iniciativa privada mediante subsidios, concesión de monopolios, adjudicación de baldíos, etc., buscando que estos se hicieran cargo de algunos servicios u obras de impacto en la comunidad. En esta misma dirección, el servicio de la educación elemental que en parte lo asumió la iniciativa privada religiosa, pero que por aquella época nunca fue suficiente frente a las necesidades reales de la población.⁵⁷²

Una simple lectura de los textos constitucionales nos podrá dar una idea de los esfuerzos de nuestros primeros constituyentes y legisladores para crear suficientes incentivos en los particulares, con el propósito de que asumieran las responsabilidades propias de los servicios públicos por aquella época, esenciales a la comunidad.

El énfasis que se observa en las primeras constituciones es el de fortalecer el servicio público de la educación en manos de particulares: En la Constitución

liberal de desarrollo, a reducir las tarifas aduaneras, los impuestos internos y sobre todo a entregar a los intereses privados monopolios tan productivos y atractivos como los del tabaco y el aguardiente [...].

⁵⁷² MELO. "La evolución económica de Colombia", cit., p. 86. La realidad económica de los particulares que se caracterizaba por la carencia de capitales significativos fue una de las grandes frustraciones a la iniciativa privada en muchos sectores de la vida económica nacional y local.

de Cúcuta de 1821 se dispuso en su artículo 55 No 19 que era una atribución exclusiva del Congreso la de “[...] *Promover por leyes la educación pública y el progreso de las ciencias, artes y establecimientos útiles; y conceder por tiempo limitado derechos exclusivos para su estímulo y fomento [...]*”. En la Carta de 1830, se retoma en el artículo 36 num. 16 esta competencia del Congreso, agregando que la promoción educativa lo será también para universidades y colegios nacionales.

La Constitución de 1832, en su artículo 74 No 15, reproduce en materia educativa el texto de la de 1821, sin embargo, a diferencia de las anteriores, le trasladó a las autoridades locales, en cabeza de las Cámaras de Provincia, una muy interesante atribución en su artículo 160 No 9, que ampliaba la promoción a la iniciativa privada a otros tópicos como los de las obras de interés general y los servicios de asistencia pública, el de “[...] *Promover el adelantamiento y prosperidad de la provincia, su policía interior, obras públicas y cualesquiera establecimientos de utilidad, beneficencia y comodidad, costeados y sostenidos de sus propias rentas [...]*”.

El texto constitucional de 1843⁵⁷³ coherente con esta línea de estímulos a la iniciativa privada y en favor del interés general, estableció en el artículo 67 No

⁵⁷³ JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI. *Documentos para la historia del derecho administrativo en Colombia* (inédito) (próxima publicación por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010). Bajo la vigencia de la Constitución de 1843:

- El Decreto de 21 de abril de 1847 concedió a todas las personas, nacionales y extranjeras, que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación el derecho a cobrar una suerte de tarifa a los usuarios de dichas vías por un término de veinte años. En este decreto se advierte con claridad la aplicación del citado precepto constitucional, pues el Congreso era competente para otorgar ese tipo de beneficios a fin de incentivar la construcción de obras públicas. Vale la pena resaltar que el procedimiento de selección del contratista consistía en que la persona interesada debía radicar ante la gobernación de la provincia un documento exponiendo la naturaleza de la obra, su extensión, su costo de construcción y la cuantía de los derechos que pretendía cobrar. El gobernador debía enviar ese documento al concejo municipal del cantón interesado en la obra y a las personas inteligentes que creyere convenientes y, con base en los informes allegados por ellos, proceder a la celebración del contrato. Los proyectos de contrato debían ser publicados a fin de que las personas interesadas en mejorar la oferta lo pudieran hacer, dentro de un término no inferior a un mes. Vencido dicho término, se procedía a celebrar el contrato con el empresario que hubiere ofrecido las mayores ventajas, sin perjuicio de ser desechadas todas cuando el gobernador las estimare inconvenientes o injustas. El empresario no podía acceder a los beneficios derivados de la explotación de la obra hasta el momento en que ésta fuere reconocida y aprobada por una comisión de inteligentes contratada para ello.

- El Decreto del 8 de junio de 1847 concedió a la Compañía de Panamá el privilegio exclusivo de establecer entre los dos océanos, por medio del istmo de Panamá, un camino de carriles de

13 como atribución del Congreso la de “[...] *Conceder por tiempo limitado privilegios exclusivos, o las ventajas o indemnizaciones convenientes, con el fin de promover la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación, o el establecimiento de artes o industrias desconocidas en la Nueva Granada, así como el adelanto de las artes o industrias ya conocidas [...]*”.

La Constitución Política de 1853⁵⁷⁴ dentro de un contexto mucho más conceptual y de amplio contenido liberal que las anteriores, tiende a crear mayores mecanismos de fortaleza a la incipiente iniciativa nacional, con el propósito que asumiera compromisos con las obras y servicios nacionales. Para estos efectos, reconoce como derecho de todos los granadinos garantizado en el texto mismo de la Carta, artículo 5 No 4, “[...] *La libertad de industria y de trabajo con las restricciones que establezcan las leyes [...]*”. Por

hierro, para lo cual el Estado se obligó a garantizar dicha exclusividad por un término de noventa y nueve años al cabo de los cuales el ferrocarril debía revertir a la Nueva Granada. Así mismo, le otorgó de manera gratuita al concesionario todos los terrenos necesarios para la construcción de la obra, cien mil fanegadas de tierra baldía y otros tantos de cuantiosos beneficios como la utilización de los muelles que fueren necesarios para el desarrollo de las obras para tal efecto.

- El decreto del 22 de diciembre de 1847 reguló el peaje, el pontazgo y el peaje como mecanismos de financiación de caminos, para cuya aplicación se utilizaba el sistema de arrendamiento.

- El decreto del 8 de junio de 1850 aprobó la celebración de un contrato de concesión de obra pública con el Sr. John Lloyd Stephens para la construcción de un ferrocarril entre los dos océanos por medio del istmo de Panamá. El contrato le otorgó al concesionario un privilegio de exclusividad por cuarenta y nueve años para la explotación del ferrocarril. Sin embargo, el privilegio también se extendía a la construcción de un camino de ruedas entre los dos océanos, o por lo menos, hasta el río Chagres. Así mismo, resulta interesante que uno de los tantos beneficios consistía en otorgar al concesionario la exclusividad de navegar por vapor en el río Chagres y la operación exclusiva del servicio público de transporte en ese río, sin perjuicio de los buques a vapor que ya estuvieren operando. Entre los demás exorbitantes beneficios figuraban el uso de los muelles necesarios a lado y lado del ferrocarril, la concesión de tierras baldías a perpetuidad, la calificación de la empresa concesionaria como de utilidad pública y todos los derechos que ello entrañaba, libertad de iniciativa para proponer al Ejecutivo los proyectos de reglamento que estimare convenientes para la correcta operación del ferrocarril, la potestad de fijar las tarifas del transporte de mercaderías y pasajeros por el ferrocarril, entre muchos otros beneficios.

- El decreto del 14 de mayo de 1852 otorgó al concesionario de la construcción del ferrocarril en el istmo de Panamá algunos terrenos de la isla de Manzanillo en la bahía de El Limón y todas las playas que se encontraran a lado y lado del ferrocarril en construcción.

⁵⁷⁴ PIMIENTO ECHEVERRI. *Documentos para la historia del derecho administrativo en Colombia*, cit. Bajo la vigencia de la Constitución de 1853:

- La ley del 30 de abril de 1858 dispuso, en aplicación de los artículos 10.º num. 13, 16 (num. 1-3) y 29 num. 10 constitucionales, que se donaría el terreno necesario para la construcción de caminos públicos por tierras baldías a las personas que decidieren emprender la construcción de tales obras.

otra parte, autoriza al gobierno de la República en el artículo 10 No 13 a “[...] *Conceder privilegios exclusivos, u otras ventajas o indemnizaciones, para objetos de utilidad pública, reconocida que no tengan carácter puramente provincial [...]*”.

La Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858 diseñada en esta misma dirección ideológica, se esfuerza en el artículo 15 No 14, al referirse a las competencias exclusivas del gobierno general, por establecer reglas que garantizan la libertad del comercio. Así mismo, le reconoce tanto al gobierno de la confederación como de los estados en el artículo 16 numerales 1 al 3, el fomento de la instrucción pública, el servicio de correo y la concesión de privilegios exclusivos o de auxilios para la apertura, mejora y conservación de las vías de comunicación, tanto terrestres como fluviales.

Complementa esta base de incentivos a la iniciativa privada el artículo 29 num. 10, al otorgarle competencias al Congreso Nacional para conceder privilegios y auxilios para promover la navegación fluvial a vapor, construcción de caminos de hierro, carreteros o de herradura que pongan en comunicación el interior de uno o más estados con los ríos navegables, puertos de mar, o con las naciones limítrofes. Por otra parte, desde la visión de los derechos de los habitantes y transeúntes de la confederación, se proclama en el artículo 56 num. 6 la libertad de industria, comercio y trabajo con las limitaciones de la ley, y en el numeral 7 la de dar y recibir instrucción en establecimientos que no sean costeados con fondos públicos.

El punto culminante de este esfuerzo del modelo liberal de desarrollo por crearle condiciones óptimas a la iniciativa privada se observa en la Carta Política para los Estado Unidos de Colombia de 1863⁵⁷⁵. El énfasis de aquel

⁵⁷⁵ PIMIENTO ECHEVERRI. *Documentos para la historia del derecho administrativo en Colombia*, cit. Bajo la vigencia de la Constitución de 1863:

- La Ley 94 de 1870 se autorizó, de acuerdo con el artículo 49 num. 8 constitucional, al poder ejecutivo para celebrar un contrato con el señor Roberto A. Joy, o con cualquier otra persona que lo solicitare, con el objeto de construir un muelle y unos almacenes de depósito en el puerto de Santa Marta en los términos más convenientes para la Nación. De igual forma, señala que para la elección del contratista se preferiría a aquel que se obligue, al mismo

constituyente en el artículo 7 de texto fundamental, se hizo en dirección a proscribir formas limitativas al libre mercado de la finca raíz. Reconoció en el artículo 15 Numerales 9 y 11, derechos fundamentales similares a los de la Constitución de 1858 en materia de libertad de comercio, industria, trabajo y educación. En el artículo 18 numerales 1 al 4, reconoció como servicios comunes del gobierno general y de los estados, los de fomento de la instrucción pública, correos, cartografía y topografía y civilización de los indígenas. Por último, en el artículo 49 No 8, establece como atribución exclusiva del Congreso la de “[...] *Conceder privilegios y auxilios para la navegación por vapor en aquellos ríos y aguas que sirvan de canal para el comercio de más de un Estado, o que pasen al territorio de nación limítrofe [...]*”.

La Constitución Política de 1886⁵⁷⁶ en su versión original no se caracterizó precisamente por su naturaleza interventora y reguladora de la actividad

tiempo, a establecer la navegación en buques de vapor por las bocas del río Magdalena y Santa Marta.

- La Ley 69 de 1871 ordenó al gobierno promover mejoras materiales en el territorio de la Unión, para lo cual ofreció grandes beneficios a las empresas que ejecutaran dichas obras. Entre los beneficios figuraba que el ejecutivo le aseguraba al concesionario una utilidad del 7 % anual sobre un millón de pesos que excediere la inversión mínima de ocho, el cual no podía extenderse por más de veinticinco años y caducaba si el concesionario reportaba una utilidad igual a la asegurada durante un periodo consecutivo de cinco años. Resulta curioso e interesante el incipiente mecanismo de iniciativa privada regulado por esta ley, en la medida en que fijó unos determinados requisitos que debían cumplirse a cabalidad para acceder a los beneficios otorgados por el Gobierno.

- La Ley 5.^a de 1876 autorizó al Gobierno para otorgar una concesión, previa licitación pública, hasta por veinticinco años para la construcción de un muelle de madera tumaco al cabo de los cuales el muelle pasaría a ser propiedad del Estado. La licitación pública a la que se alude consistía en la presentación de propuestas por parte de los interesados, luego éstas debían ser publicadas en el *Diario Oficial* y, vencido el término de cuatro meses, contado a partir de ese momento, se procedía a celebrar el contrato con el proponente que ofreciera las mayores ventajas a la Unión. Los privilegios del concesionario caducaban si el muelle de madera dejara de prestar el servicio por un término de treinta días.

- La ley 49 de 1884 se aprobó la enajenación del ferrocarril y el telégrafo de Bolívar construido entre Barranquilla y Puerto Salgar al señor Carlos Uribe. En el contrato se pactaron las siguientes obligaciones a cargo del contratista: la prolongación el ferrocarril hasta Puerto Belillo, la operación del servicio público de transporte por ferrocarril, la construcción de un muelle de hierro que por su tamaño y solidez permitiera que los más grandes vapores atracaran y descargaran sus mercancías, la construcción de unos almacenes de mercancías.

⁵⁷⁶ PIMIENTO ECHEVERRI. *Documentos para la historia del derecho administrativo en Colombia*, cit. Bajo la vigencia de la Constitución de 1886:

- La Ley 104 de 1892 autorizó al Gobierno para contratar las obras que estimare convenientes, para lo cual podía otorgar subvenciones directas en bonos, concesión de tierras baldías, hasta por un lapso de cincuenta años. Una vez expirado el privilegio, el concesionario podía usufructuar el ferrocarril por un término de veinticinco años, y durante ellos podía el Gobierno, en cualquier tiempo, tomar la decisión de adquirir la empresa, y el concesionario tenía la

obligación de venderla. Sin embargo, si se vencía dicho término y el Gobierno no ejercía su derecho de compra, el concesionario debía entregar el ferrocarril al Estado sin ninguna indemnización. Entre los demás beneficios otorgados al concesionario figuraban la exención de impuestos y rentas y la exención del servicio militar para sus trabajadores. Resulta interesante el hecho de que el artículo 6.º señala que el Gobierno debía fijar con claridad los casos en que procedía la caducidad del contrato y que se tenía que estipular que ésta procedía por vía administrativa, en cuyo caso la empresa concesionaria y todos sus bienes pasaban a estar en poder del Gobierno previo reconocimiento de la inversión hecha en las obras.

- La Ley 18 de 1905 aprobó un contrato de concesión de obra pública celebrado con el señor Henry G. Granger para la construcción y posterior operación por un periodo de noventa y nueve años de una línea de ferrocarril y sus dependencias entre el golfo de Urabá o Darién y Medellín. En el contrato se pactaron como beneficios a favor del concesionario la construcción y uso gratuito de líneas de teléfono y telégrafos, la exclusividad de las rutas por el tiempo pactado en el contrato, las tierras de la Nación necesarias para la construcción de las obras, exención de derechos de importación y exportación, exención de rentas e impuestos, exención de prestación del servicio militar obligatorio de los trabajadores y operarios, uso exclusivo de las fuentes de petróleo disponibles a diez kilómetros a cada lado de la vía férrea, una subvención de treinta mil pesos oro americano por cada kilómetro de vía férrea construido, entre otros. Además, se estipuló que el Gobierno podía comprar el ferrocarril y todas sus dependencias en cualquier tiempo después de transcurridos los primeros cuarenta años del contrato. En lo relativo a la reversión, se pactó que una vez expirados los privilegios el ferrocarril y todas sus dependencias debían pasar a propiedad del Gobierno sin indemnización alguna. La caducidad del contrato podía ser declarada administrativamente por el Ministerio de Obras. Resulta interesante que, no obstante el objeto del contrato era la construcción de un ferrocarril, el concesionario también se obligó a construir un muelle de madera con capacidad para recibir buques provenientes de alta mar en Ciudad de Reyes para facilitar el embarque y desembarque de las mercaderías que fueren transportadas por el ferrocarril, al igual que un puente de acero sobre el río Cauca para llegar hasta Medellín.

- El Decreto Legislativo 34 de 1905 facultó al Gobierno para fomentar la construcción de acueductos, para contratar instalaciones de energía eléctrica y alumbrado público y para otorgar privilegios para la construcción de canales para la explotación del lecho de los ríos y canteras.

- La Ley 27 de 1905 autorizó al poder ejecutivo para enajenar los ferrocarriles y para fomentar las fábricas de tejidos, refinerías de azúcar y cualesquier otra industria que resultare de provecho para la Nación, para lo cual podía conceder subvenciones directas en dinero, tomando acciones, garantizando intereses sobre el capital invertido y otorgando primas de exportación a sus productos.

- La Ley 26 de 1905 ordenó al Gobierno la elaboración de los estudios técnicos correspondientes a los ramales del ferrocarril del Pacífico.

- La Ley 36 de 1915 ordenó, tan pronto como fuera posible, la adaptación de la Bahía de Tumaco para la recepción de vapores de alto bordo, para lo cual fijó como mecanismo de financiación de la obra todo el producto de los derechos de puerto que se causaren.

- La ley 53 de 1916 aprobó un contrato celebrado con el Señor Evaristo Rivas Groot para la construcción de un muelle en el golfo de Morrosquillo, sin subvención o garantía alguna del Gobierno, con el fin de beneficiar la empresa *packing-houses* por un término de 15 años, vencidos los cuales el contratista debía entregar el muelle al Estado de manera gratuita. El contrato podía ser caducado "de hecho" administrativamente por el incumplimiento por parte del contratista de cualquiera de las obligaciones contenidas en el contrato.

- La Ley 42 de 1917 autorizó al Departamento de Norte de Santander para la celebración de un contrato de apertura y construcción de un camino nacional por cuenta de la Nación.

- La Ley 1.ª de 1927 facultó al Gobierno para comprar el ferrocarril de Santa Marta y para adelantar todos los trámites necesarios para su prolongación hasta las riberas del río Magdalena. De igual forma, se facultó al Gobierno para comprar los ferrocarriles de Cúcuta y de Calamar a Cartagena y el ferrocarril entre Bolombo y el río de Arma.

- La Ley 24 de 1930 autorizó al Gobierno la celebración de un contrato de concesión de obra pública para la terminación de la canalización en Bocas de Ceniza y la construcción del puerto marítimo de Barranquilla, para lo cual el concesionario debía suministrar todos los recursos para la construcción de las obras. Una vez concluidas las obras, el concesionario podía explotarlas por el tiempo estipulado en el contrato a efectos de amortizar el capital invertido. En

privada, industrial o comercial, ni mucho menos de la economía de mercado. Su contextura ideológica era la del liberalismo clásico del *laissez-faire*, aspecto este que comparte con todas las anteriores cartas fundamentales del Estado. Por esta razón, no son muchas las referencias que en ella se hacen a los servicios públicos en el sentido de prestaciones al interés general y comunal⁵⁷⁷. A título de servicios, objeto de fomento y como responsabilidad de las asambleas departamentales, esta Constitución se pronuncia en el artículo 185 sobre la instrucción primaria, la beneficencia, la industria, la apertura de caminos y canales navegables, la construcción de vías férreas, la canalización de ríos, entre otros⁵⁷⁸. Respecto de la educación primaria, la declara obligatoria si es prestada con cargo al presupuesto público, de todas maneras la totalidad de la educación la supedita a la organización y dirección de la iglesia católica.

Dentro de este contexto histórico e ideológico institucional del Estado colombiano, resulta difícil sostener que respecto del tema de los servicios públicos el legislador, la doctrina o la jurisprudencia nacional hubieren abierto el debate sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos. El carácter de Estado pasivo e individualista, en que se sumió la organización política nacional hasta bien entrado el siglo XX, con dependencia endémica de una concepción liberal de la economía y del manejo de lo público-social hacia imposible un debate de esta naturaleza, quedando planteada en consecuencia una especie de regla general, según la cual si los particulares asumían la prestación de un servicio público, lo hacían bajo las reglas, principios y normas propias del derecho al cual naturalmente se sujetaban como lo era el privado.

cuanto a la reversión, se pactó que una vez expirados los privilegios las obras debían ser transferidas al Estado de manera gratuita.

⁵⁷⁷ Debe advertirse que la Constitución de 1886 cuando se refirió a los servicios públicos lo hizo en un sentido diferente del que actualmente damos a éstos. El constituyente de 1886 se acercó a un concepto de servicio público influido por la obra de J. J. ROUSSEAU, en donde se relacionaba con todos los asuntos del común en contraposición a los asuntos de interés privado.

⁵⁷⁸ BERNARDO TOBAR ZAMBRANO. "Economía colombiana (1886-1922)", publicado en *Nueva Historia de Colombia*, tomo V, Bogotá, Planeta, 1989, p. 12. La producción cafetera introdujo a la economía colombiana excedentes que se destinaron al fomento de servicios públicos, principalmente del ferroviario. "[...] Asociada a la economía cafetera se produjo la implantación de una red ferroviaria, que a su turno contribuyó a las expansiones de la producción cafetera, del mercado y de la industrialización: entre 1885 y 1922 la red ferroviaria en uso pasó de 203 km a 1.166 km [...]".

Así mismo, se debe reconocer que desde la perspectiva jurisdiccional, este debate nunca se dio por aquella época ante la ausencia de una jurisdicción especializada llamada a controlar la administración pública al estilo continental o europeo de influencia francesa. La jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo tan solo surge en Colombia a partir de 1914, con la vigencia de las leyes 130 de 1913 y 60 de 1914 y en ellas el tema de los servicios públicos no fue objeto de tratamiento alguno. Los servicios públicos resultaron relevantes para la jurisprudencia del Consejo de Estado en la década de los sesenta del siglo XX, a propósito de las competencias de esta corporación en materia de contratos administrativos, en donde constituyó un importante criterio para su definición jurisprudencial, pero nunca como una teoría definidora del derecho público nacional como ocurrió en Francia⁵⁷⁹.

1.1. La reforma constitucional de 1936. La consolidación de la escuela de los servicios públicos en Colombia

Lo anterior, sin embargo, no constituyó limitación alguna para que la realidad fáctica de la ausencia de servicios públicos generara la reacción de las autoridades administrativas, en especial las locales⁵⁸⁰, obligándolas a la adopción de respuestas a esta problemática a partir del esfuerzo propio y con cargo a sus limitados presupuestos públicos, dando lugar así al surgimiento de las primeras manifestaciones de una vinculación entre función administrativa y servicio público, que el sistema se negaba a aceptar como una realidad económica y política. Por otra parte, en el ámbito nacional, se produjeron algunos pronunciamientos legislativos hacia finales de la década de los años veinte, que buscaba intervenir en aspectos fundamentales de los servicios públicos; disposiciones de carácter imperativo de estricto derecho administrativo, diseñadas en época de conflicto aunque sin una base constitucional de intervención definida y cierta, en cuanto el sistema no ofrecía

⁵⁷⁹ JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1994, p. 173.

⁵⁸⁰ Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina", Universidad Nacional de Colombia, *Servicios Públicos Domiciliarios*, publicado por el Ministerio de Justicia y el Derecho, Bogotá, 1997, p. 27. Se destaca en esta investigación cómo ante la insatisfacción general de tarifas, cobertura, eficiencia en la prestación, algunas entidades locales asumieron, con la colaboración de los departamentos, la prestación de ciertos servicios básicos para la población, en algunos casos directamente y, en otros, mediante figuras mixtas.

alternativas o instrumentos de acción efectiva, los cuales se vinieron a dar con la primera gran reforma a la Constitución en el año de 1936.⁵⁸¹

La ausencia de una definición jurídica sobre los servicios públicos básicos para la población y de políticas administrativas frente a su prestación, producto del desinterés ideológico del pensamiento liberal del *laissez-faire*, colocaron en situación precaria y prácticamente de inexistencia su prestación a la creciente población urbana del país⁵⁸². Los particulares que asumieron algunas de estas responsabilidades sociales, principalmente bajo la modalidad de concesión, lo hicieron de manera rudimentaria y dirigidos a sectores de la población que podían generarles lucro con su prestación, lo cual propició el fenómeno de la “prestación clasista o de elite”, en servicios que por su naturaleza debían llegar sin distinción a todos los sectores de la población, como en la mejor época del Imperio romano.

La vigencia de este orden constitucional hacía que la prestación de los servicios públicos quedara prácticamente bajo el control y dirección de los particulares, muchas veces asociados al capital extranjero. En cuanto al vínculo jurídico de la concesión, con el que generalmente se vinculaba el operador al servicio, no les otorgaba a las autoridades la exorbitancia y los demás instrumentos de derecho administrativo indispensables para imponer y hacer respetar el interés general sobre los intereses de los contratistas⁵⁸³.

⁵⁸¹ Ley 113 de 1928 sobre utilidad pública en materias de aguas y regulación de tarifas.

⁵⁸² MELO. “La evolución económica de Colombia”, cit., p. 70. La ausencia de unos servicios públicos debidamente organizados y eficientes llevó a la proliferación de epidemias y enfermedades durante el siglo XIX. La característica de nuestras ciudades era por aquella época la de centros urbanos acumulados de desechos, basuras y sin tratamiento alguno de aguas y alcantarillados. Sólo a finales del siglo comenzaron los centros urbanos más importantes a introducir servicios públicos con ostensible abandono de los sectores rurales. Sostiene este investigador retomando a HETTNER (*Viaje por los Andes*, p. 66), que en ciudades como Bogotá, Capital de la República, por 1880 “[...] las cloacas eran todavía canales abiertos que corrían por la mitad de la calle. El agua se obtenía en fuentes públicas [...]”. ¿Qué pensar entonces de otros menos importantes?

⁵⁸³ GERMÁN RODRIGO MEJÍA PAVONY. *Los años del cambio. Historia urbana de Bogotá. 1820-1910*, Bogotá, Centro Editorial Javeriano, 2000. El desarrollo de servicios públicos como los de vías públicas, transporte a vapor, ferrocarril, correos y telégrafos fue ostensible en el territorio nacional en una extraña combinación entre iniciativa privada y pública (pp. 91 a 130). Por otra parte, servicios relativos al equipamiento urbano básico como los de aseo público, alcantarillado, acueducto, alumbrado público, energía, hospedaje, transporte urbano, entre otros, se caracterizaron por su deficiencia, insuficiencia o sencillamente carencia absoluta. No así en materia educativa, hospitalaria y de beneficencia pública, donde se mantenían desde el

El sistema definitivamente se caracterizaba por la ausencia de intervención, regulación, control o inspección de carácter significativo por parte de las autoridades administrativas nacionales o locales. El régimen de tarifa, ampliación de redes y coberturas quedaban en muchos casos a la iniciativa de los prestadores particulares, sin ninguna injerencia estatal y sí dependiendo de sus intereses y deseos de lucros significativos con su actividad privada⁵⁸⁴.

Las grandes transformaciones ideológicas durante la vigencia de la Constitución de 1886 se produjeron partir de la reforma constitucional de 1936, que le abrió las puertas al Estado intervencionista y activo frente a la problemática social y económica, lo cual generó efectos inmediatos en la política y manejo de los servicios públicos, sobre todo si se tiene en cuenta que esta reforma tuvo como gran ideólogo al maestro Darío Echandía⁵⁸⁵, por entonces ministro de gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo y seguidor dilecto del pensamiento del decano de Burdeos León Duguit. Precisamente la exposición de motivos presentada por el gobierno para sustentar el abandono del Estado individualista⁵⁸⁶, vigilante e indiferente, por la

inicio de la república estándares relativamente aceptables. En cuanto a las inversiones del sector privado en la infraestructura de servicio y su consecuente prestación, la historia nos demuestra que si bien es cierto que se hicieron algunos intentos importantes, de todas maneras terminó el sector público apoyando estas iniciativas e incluso en muchos casos asumiendo integralmente tanto la inversión como la prestación efectivas de los servicios, tal como ocurrió en Bogotá en materia de alumbrado público a cargo de la empresa Pereira Gamba & Compañía, y de transporte público con la Bogotá City Railway Company (pp. 429 a 457).

⁵⁸⁴ Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina". Op. cit., nota 36, pp. 25 a 27.

⁵⁸⁵ Exposición de motivos al proyecto de reforma constitucional puesto a consideración del Congreso Nacional por el ministro de Gobierno DARÍO ECHANDÍA, el 10 de septiembre de 1934. Anales de la Cámara de Representantes, n.º 55, 25 de septiembre de 1934. En cuanto a los sustentos ideológicos de la reforma, expreso ECHANDÍA lo siguiente: "[...] Como véis, honorables representantes, el proyecto sustituye la concepción excesivamente individualistas de los derechos privados que caracteriza a la Constitución actual, por otra que considera que el derecho individual debe ejercitarse como una función social y debe tener como límites la conveniencia pública. El derecho privado como función social por oposición al derecho privado absoluto [...]".

⁵⁸⁶ VIDAL PERDOMO. "La reforma constitucional de 1936, un programa liberal", prólogo al libro *La reforma constitucional de 1936*, de ÁLVARO TIRADO MEJÍA y MAGDALA VELÁSQUEZ (Bogotá, Oveja Negra, 1982, pp. 8 a 11). "[...] Echandía, conocedor de las tesis de León Duguit y de las nuevas instituciones, lo advierte explicando que el proyecto sustituye la concepción excesivamente individualista de los derechos privados que distingue a la Constitución de 1886 por otra que considera que el derecho individual debe ejercitarse como una función social y debe tener como límite la conveniencia pública [...]".

de un Estado actuante y decisorio en materias económicas⁵⁸⁷ y sociales se funda sustancialmente en los trabajos de Duguit y sus particulares conceptos de interés general, función social, solidaridad y ruptura del individualismo, como dominantes de toda actuación pública y administrativa, en especial como determinantes de los servicios públicos en la base de toda decisión estatal interventora,⁵⁸⁸ que prácticamente colocaron a la república de frente a la civilización y el progreso⁵⁸⁹.

El proyecto de reforma se consolida con la expedición del Acto Legislativo No 1 del 6 de agosto de 1936, que dio un giro sustancial al carácter individualista del Estado, consolidando el interés general como determinante de la actuación y decisiones públicas: Art.10 -. Se autoriza la intervención del Estado en la explotación industrial o en las empresas públicas o privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, con el propósito de dar a los trabajadores una justa protección – Art. 11 -. Se garantizó la libertad de educación trasladándole al Estado, funciones administrativas de inspección y vigilancia con el fin de que cumpliera con sus propósitos – Art. 14 -. Se estableció como obligación del Estado el de asistencia a los menos favorecidos- Art. 16 -. Como puede observarse, las bases para un régimen coherente en servicios públicos para la población bajo la óptica de constituir los mismos fenómenos propios del poder administrativo de Estado, quedaron determinados con la reforma a la decadente Constitución de 1886, obviamente sin que esto impidiese que la ley determinara los criterios, oportunidades e incluso régimen con que los particulares podían colaborar en el desarrollo de esta función que por regla general se radicaba en el poder público.

⁵⁸⁷ JESÚS ANTONIO BEJARANO ÁVILA. “La economía entre 1930 y 1945”, en *Nueva historia de Colombia*, tomo V, cit., pp. 130 a 142; LÓPEZ GARAVITO. *Pensamiento económico y fiscal colombiano*, cit., pp. 242 y ss.

⁵⁸⁸ TIRADO MEJÍA y VELÁSQUEZ. *La reforma constitucional de 1936*, cit., pp. 313 a 314. Puede consultarse las interesantes discusiones que se dieron en el Congreso de la República durante el trámite de la reforma en torno al pensamiento de LEÓN DUGUIT, debate de la Sesión Plenaria del 9 de enero de 1936.

⁵⁸⁹ CARLOS LLERAS RESTREPO. “La obra económica y fiscal del liberalismo”, publicado en *Nueva historia de Colombia*, tomo V, cit., pp. 144 a 148.

La reforma constitucional de 1936 significó para la administración pública colombiana, y en consecuencia para el derecho administrativo nacional, la adopción de los trabajos doctrinales de León Duguit y demás teóricos de la escuela francesa de los servicios públicos, como función típicamente administrativa⁵⁹⁰. Se trató entonces, para la historia de nuestro derecho, la incorporación del concepto social de lo jurídico en respuesta a las profundas rupturas del capitalismo individualista clásico y a sus prácticas lesivas a los intereses del hombre en comunidad, que reclamaban una nueva edificación normativa que abandonara los causes del derecho subjetivo e incorporará al derecho objetivo social en el epicentro de toda consideración.⁵⁹¹

Con fundamento en la nueva concepción intervencionista del Estado colombiano, se expidieron inicialmente y ante la crisis de los servicios públicos las Leyes 65⁵⁹² y 109 de 1936⁵⁹³, que en su conjunto constituyeron el inicio en

⁵⁹⁰ Esta concepción es ampliamente retomada y expuesta por CARLOS H. PAREJA. *Curso de derecho administrativo. Teórico y práctico*, Bogotá, ABC, 1937, pp. 13, 20, 21, 120 y ss. Sobre la recepción de la escuela de los servicios públicos en Colombia también puede consultarse JOSÉ JOAQUÍN CASTRO MARTÍNEZ. *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Argra, 1950, pp. 99 a 192. Antes de estos doctrinantes, en algunas obras sobre derecho administrativo se observa una visión de los servicios públicos regida bajo el contexto de poder público conforme a las construcciones de HAURIUO (*Précis de droit administratif et de droit public*). En la obra de los profesores ALCIBÍADES ARGUELLO y LUIS BUENAHORA *Derecho administrativo colombiano* (Bogotá, Talleres de Ediciones Colombia, 1927, pp. 5 y 6) se identifica el servicio público con el ejercicio de las funciones públicas del Estado. Sin embargo, donde es manifiesta la influencia de HAURIUO es en los trabajos del profesor LUIS BECERRA LÓPEZ. *Apuntamientos de derecho administrativo colombiano*, Santa Marta, Bonivento Torres, pp. 5, 6, 43 a 146, en donde el concepto de servicios públicos es asimilado al ejercicio del poder ejecutivo del Estado y se alude a los conceptos de HAURIUO sobre los mismos. “[...] servicio público de carácter político que consiste en el desempeño formal de las facultades o funciones atribuidas al poder ejecutivo y sus agentes [...]. El servicio público de carácter político implica un acto específico de poder o acto propio de gobierno en el cual este y sus agentes obran por razón de imperio [...]”. Antes de 1936, los trabajos jurídicos constitucionales de LEÓN DUGUIT o de GASTÓN JÉZE no eran siquiera considerados en la literatura jurídica administrativa colombiana. La gran apertura en estos temas sociojurídicos se produce, sin discusión alguna, a partir de de la reforma constitucional de 1936.

⁵⁹¹ DARÍO ECHANDÍA. Prólogo al *Tratado de derecho administrativo* de JOSÉ JOAQUÍN CASTRO MARTÍNEZ, cit. “[...] Bajo el imperio de este sistema económico capitalista, de ésta concepción jurídica individualista, se realizaron maravillosas transformaciones en la vida de las sociedades modernas. Y sin embargo, ¿cuál ha sido la suerte del individualismo jurídico? Fue la consolidación del sistema capitalista lo que empezó a romper, ya desde los albores del siglo XIX, la admirable simetría del edificio jurídico individualista. Y hoy el panorama ha cambiado fundamentalmente. La idea del derecho social, como opuesta al individualismo, parece dominar el orden jurídico contemporáneo. El Estado ha tenido que multiplicar sus intervenciones dentro de la esfera antes reservada al ejercicio discrecional de la libertad de los individuos [...]”.

⁵⁹² Les asignó atribuciones al Estado y a los municipios en asuntos relativos al agua potable; creó un fondo de participación departamental y municipal, con el fin de garantizar la financiación pública de infraestructura relativa al agua potable: consagró al Ministerio de Obras Públicas como el órgano de inspección y vigilancia del sector.

Colombia de la concepción administrativa de los servicios públicos, en cuanto determinó las responsabilidades nacionales y locales en la materia y en consecuencia la conformación de todo un acervo de disposiciones legales fundamentadoras del ejercicio de los servicios públicos, al igual que un conjunto de disposiciones reglamentarias complementarias de estas funciones.

A estas primeras decisiones sistematizadoras del derecho administrativo de los servicios públicos siguieron otras que fortalecieron esta línea de acción institucional y que se concretaron en el diseño de todo un sector descentralizado nacional⁵⁹⁴ y local por servicios⁵⁹⁵, que asumieron el manejo de los servicios públicos en todo el territorio nacional y en los principales conglomerados urbanos.

1.2. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968. El arraigo normativo de la escuela

Esta tendencia a fortalecer el papel del Estado en la prestación de los servicios se intensificó con los Actos Legislativos 1 del 16 de febrero de 1945 y 1 del 11 de diciembre de 1968, en especial en esta última reforma constitucional en la que se le puso orden a la reglamentación de todo el sector descentralizado por servicios, esto es, al principal instrumento orgánico del Estado para hacer frente a las necesidades públicas en la materia. Precisamente con estas nuevas bases constitucionales, se rediseñaron los sectores descentralizados nacionales, departamentales y municipales.

Se expidió la reforma administrativa de 1968 –decretos 1050 y 3130– que definió el marco conceptual y el papel en la prestación de servicios de los establecimientos públicos, empresas industriales y sociedades de economía mixta, reforma que permaneció hasta la entrada en vigencia de la Ley 489 de

⁵⁹³ Sobre suministro de energía eléctrica.

⁵⁹⁴ Surgen entidades nacionales de carácter descentralizado Como Insfopal, Inaguas e ICT, entre otros.

⁵⁹⁵ Se crean en la gran mayoría de los municipios del país las famosas empresas de servicios públicos o empresas de servicios varios, en donde se concentraba la totalidad de funciones y sectores relativos a los servicios públicos fundamentales y principalmente a los que hoy denominamos domiciliarios.

1998, en desarrollo de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991. El gran aporte de las transformaciones constitucionales y administrativas de 1968 radica precisamente en que lograron consolidar el aparato administrativo de los servicios públicos en el territorio nacional, en otras palabras, el concepto de servicios públicos como una función administrativa por regla general, esto en la medida en que, como lo sostiene uno de sus más inmediatos diseñadores, el profesor Jaime Vidal Perdomo, la reforma de 1968 no fue “[...] ideológica sino instrumental; esto significa que se conservaron los conceptos que sobre la sociedad y el Estado entraron en nuestras instituciones particularmente con la reforma constitucional de 1936 y que la de 1968 hace énfasis en los mecanismos de operación de los poderes públicos para adecuarlos a una mejor realización de sus tareas [...]”⁵⁹⁶.

Es de observar que estas reformas instrumentales perseguían ante todo dotar de mecanismos adecuados a la administración pública para cumplir con multiplicidad de servicios públicos, reconducidos bajo la forma de funciones administrativas, en todo el territorio nacional de manera directa por las autoridades administrativas, principalmente de los sectores centrales, nacional, departamental y municipal, o de establecimientos públicos, bajo reglas y principios de derecho administrativo, vinculando de manera directa la regulación y el control de los mismos con la actividad natural y propia de la administración pública. No obstante, desde la perspectiva de las reglas establecidas frente al denominado sector descentralizado de todos los niveles, el principio anterior se configuró ante todo como una profunda regla general, en la medida que se aceptaba que algunas entidades de este sector, empresas industriales y comerciales del Estado, al igual que las sociedades de economía mixta, se rigieran en su actividad prestadora de servicios, entendiéndose desarrollo de actividades industriales y comerciales, por las reglas del derecho privado y por lo tanto objeto de control por la justicia ordinaria⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ VIDAL PERDOMO. *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1970, p. XIII.

⁵⁹⁷ Decreto 3130 1968 (derogado por la Ley 489 de 1998)

“Artículo 30. De los actos de los establecimientos públicos. Los actos administrativos que realicen los Establecimientos Públicos para el cumplimiento de sus funciones, salvo disposición en contrario, están sujetos al procedimiento gubernativo contemplado en el Decreto 2733 de 1959. La competencia de los Jueces para conocer de ellos y de los demás actos, hechos y

De todas formas, el anterior marco jurídico para la prestación de servicios públicos por las entidades administrativas, signado por el predominio del derecho administrativo y de su indudable gestión pública, en asuntos como los de servicios públicos de agua, electricidad, alcantarillado, saneamiento básico, telefonía, hospitales, infraestructura vial, asistencia pública, policía, correos etc., no negaba la iniciativa privada y de libertad de empresa bajo los marcos de la ley. En este sentido, el espectro de los servicios públicos colombiano de competencia pública se acrecentó a través del año con la inversión de cuantiosos recursos privados en áreas fundamentales para la vida ciudadana como las de transporte público terrestre y aéreo, educación, suministros alimentarios, plazas de mercado, servicios bancarios etc., todos ellos regidos integralmente por el derecho privado, pero sujetos en algunos casos a estrictas intervenciones reguladoras del estado.

1.3. La Constitución Política de 1991. La ruptura entre los conceptos de función pública administrativa y servicios públicos

La Constitución Política de 1991, inmersa en la configuración del Estado como social y democrático de derecho, determina las bases para la construcción del régimen general de los servicios públicos, a partir de su aceptación expresa como un fenómeno ligada de manera concreta a las finalidades sociales del Estado, esto es, le otorga a la disciplina y en consecuencia a su modalidades

operaciones que realicen se rige por las normas del Decreto 528 de 1964 y demás disposiciones sobre la materia.”

“Artículo 31. De los actos de las empresas industriales y comerciales del estado y de las sociedades de economía mixta. Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.”

“Artículo 34. De los contratos de las empresas y de las sociedades. Los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas.”

de ejecución y prestación consistencia constitucional de vinculación comunitaria, es decir, aceptando para el servicio público, su naturaleza de fenómeno ligado a los intereses y derechos de la colectividad, reconociendo para estos propósitos no solo titularidades, funciones y atribuciones en cabeza del Estado, para su ejecución directa, o indirecta a través de mecanismos concesionales, conforme lo disponga discrecionalmente la administración.

El modelo incorporado en la Constitución Política, le abre las puertas a sí mismo a la comunidad organizada para estos mismos propósitos; y lo que resulta aun más importante y trascendente, reconoce a los particulares como sujetos prestatarios de los mismos, sea por vía del acceso de estos a la prestación de servicios liberalizados o privatizados –caso en el cual se sujetan a las prescripciones constitucionales sobre la libertad de empresa– o como colaboradores de la administración mediante la concesión administrativa cuando sean convocados para estos efectos a través de los mecanismos públicos y participativos correspondientes⁵⁹⁸, hipótesis esta en las cuales obviamente estarán sometidos por mandato constitucional a los mandatos imperativos del respeto a la libertad de empresa e iniciativa privada, pero con sujeción indiscutible a los marcos del contrato correspondiente y sobre a las disposiciones rectoras del servicio público que se les encomiende.

En los términos del artículo 365 constitucional, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado⁵⁹⁹; es deber del Estado asegurar su

⁵⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-353 de 2006. “El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.”

⁵⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-741 de 2003. “El ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable; (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios. [...] Estos criterios constitucionales evidencian que el alcance de la potestad de configuración del Legislador en materia de servicios públicos si bien es suficiente,

prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares⁶⁰⁰. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios⁶⁰¹. El artículo 367 superior agrega, de manera específica, que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Sobre estas bases normativas de carácter constitucional y principalmente con su referencia a los postulados económicos de la misma, artículo 333, 334 y

–pues se extiende a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control–, no es ilimitado, porque el ejercicio de dicha potestad debe estar encaminado a la consecución de los fines superiores que establece la Carta y orientado por los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros. Por ello, las limitaciones que establezca el Legislador a derechos como la libertad de asociación, el derecho a la participación, la libertad de empresa y la libre competencia, deben ser examinadas a la luz de tales fines y principios.”

⁶⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-353 de 2006. “Según la Constitución, la prestación de los servicios públicos puede hacerla el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, ésta previsión está en consonancia con lo previsto en el artículo 333 Superior, que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como un derecho, correspondiendo al Estado impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica. Actividad que además está sujeta a unos determinados límites como son: el ejercicio libre dentro del bien común, la libre competencia implica también responsabilidades, la empresa tiene una función social que conlleva obligaciones, el Estado evitará o controlará cualquier abuso que las empresas o personas realicen por su posición dominante en el mercado y la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

⁶⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1162 de 2000 y C-741 de 2003. “En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que *‘en el Estado social de derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (art. 333 CP)’*, y en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación. [...] Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad. Con el fin de examinar la limitación a las organizaciones solidarias para poder prestar servicios públicos domiciliarios, pasa la Corte a recordar el régimen legal de la participación de las organizaciones solidarias y de las empresas de servicios públicos en la prestación de los mismos.”

336, se adoptó en nuestro país un régimen evidentemente mixto, que parcialmente abandona la caracterización de servicio público como sinónimo de titularidad y función exclusiva del Estado y se adentra nuestro sistema por las vías de la aceptación para el Estado de una posición, no de habilitación absoluta, sino relativa, la de un habilitado más para la prestación de servicios públicos, al lado de la comunidad organizada y de los particulares; con el ingrediente, de que en algunas hipótesis su posición, es la de un mero y excepcional garante, como ocurre en las hipótesis del servicios público universal, en donde la regla general prestacional la tiene la iniciativa privada, Inclusive rigiéndose su actividad prestacional, en algunas ocasiones prefijadas por el legislador, por el derecho civil o comercial⁶⁰².

En este sentido se observa, teniendo en cuenta además los trabajos de la Corte Constitucional, que la regla general, en torno a la actividad prestacional, está compartida entre el Estado, la comunidad organizada y la iniciativa privada, en este último caso, no mediante fórmulas estrictamente concesionales, sino básicamente aprovechando los espacios generados a través de las liberalización y privatización de actividades en otrora públicas, sin más títulos, en algunos casos, que los de la libertad que sustenta a la empresa y la iniciativa privada en nuestro ordenamiento constitucional⁶⁰³.

⁶⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. “Esta Corporación ha sostenido que ‘en cabeza del Estado radica la obligación de garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, pero tal imperativo constitucional no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que tenga que prestarlos directamente. La Constitución no establece tal compromiso, pues prevé la posibilidad de que los mismos sean prestados no sólo por el Estado sino también por comunidades organizadas o por particulares (art. 365 de la C. P). De manera tal que todos tienen igual vocación’. Precisamente, atendiendo dicho presupuesto, la Ley 142 de 1994 contempló en su artículo 10 el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales deben cumplir con los requisitos allí señalados. Tal previsión es un reflejo del principio de participación y de la libre actividad económica e iniciativa privada, garantizadas en el artículo 333 de la Carta, dentro de los límites del bien común.”

⁶⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-616 de 2001. “La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras que determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada (art. 365 Constitución Política), en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (art. 333 Constitución Política)”.

En definitiva, lo que se observa es el avance de las doctrinas neoliberales sobre la administración pública, con afectación directa y consecencial en las normas y principios del derecho administrativo, con una clara y evidente ruptura del mito histórico de la escuela de los servicios públicos en el derecho colombiano^{604 605}.

La evolución por lo tanto del derecho aplicable a algunas de estas actividades se modifica en lo sustancial. El derecho administrativo sufre en consecuencia un cambio cualitativo en su papel rector de la actividad pública, dejando las puertas abiertas a que el derecho privado ocupe espacios novedosos en actividades que de todas maneras se relacionan de manera directa con los intereses generales, y sobre todo, se desliga de manera definitiva la convivencia entre función pública y servicio público que durante décadas domino el panorama de nuestro derecho administrativo a partir de 1936.

No obstante esta caracterización y en discrepancia con algunos sectores de la doctrina nacional, el esquema diseñado en la constitución de 1991, en nuestra opinión, deja abiertas las puertas para no pensar en un esquema de los servicios públicos estrictamente económico y sujeto al derecho privado, sino más bien mixto, en donde la administración y el derecho administrativo, aun mantienen papeles importantes en la regulación⁶⁰⁶ e incluso en la gestión

⁶⁰⁴ HUGO PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 22.

⁶⁰⁵ VIDAL PERDOMO. "Mito y realidad del servicio público", ponencia en el Congreso Internacional "El derecho administrativo ante el nuevo siglo", Madrid, 2000.

⁶⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-955 de 2007. "El régimen constitucional de los servicios públicos prevé una actividad específica de regulación que puede ser llevada a cabo por órganos diseñados ad hoc por el legislador para ello, a través de los cuales se cumplen funciones de intervención económica por mandato de la ley, y que buscan lograr el objetivo constitucional de que la adecuada prestación de los servicios públicos y las finalidades sociales inherentes a la misma no queden libradas únicamente a las fuerzas económicas del mercado. [...] En ciertas ocasiones la función de regulación socio económica adquiere especial trascendencia, por cuanto mediante ella se normativiza una actividad o un servicio cuyo cumplimiento o prestación involucra la efectividad de derechos fundamentales, como sucede en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. [...] Las funciones de regulación son específicas de intervención socio económica, por lo cual se revisten de un carácter técnico, sectorial y permanente, y están llamadas a ser ejercidas de conformidad tanto con la Constitución como con la ley y las disposiciones gubernamentales, y en todo caso sujetas a las formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo y los controles pertinentes de carácter administrativo y judicial".

misma de ciertos servicios⁶⁰⁷, sea por la vía de la prestación directa o indirecta – concesiones administrativas – de los servicios y actividades de las cuales aun es titular el Estado, o como garante de los servicios públicos en desarrollo del mecanismo del servicio universal, que como lo hemos venido sosteniendo en este trabajo, es en nuestro ordenamiento, una verdadera puerta de entrada a la prestación del servicio público por el Estado, permitiéndole incluso para estos efectos acudir al mecanismo concesional.

Bajo los postulados de la Constitución de 1991, el concepto de servicio público tiene una naturaleza diversa a la de la simple función administrativa. Se trata, por lo tanto, de categorías conformadas por sustancia diferente, lo que significa e implica dentro del Estado de Derecho, simplemente que quien ejerce atribuciones propias de la función pública administrativa, no necesariamente este desarrollando actividades prestacionales y a la inversa, si el particular cumple actividades materialmente de servicio público, no necesariamente ejerce funciones públicas administrativas, rompiéndose con este postulado la concepción clásica de servicio público, en la dirección expuesta por León Duguit y adoptada por nuestro ordenamiento en 1936⁶⁰⁸.

La función pública materialmente está referida al desarrollo de la actividad de poder, al cumplimiento de las competencias o atribuciones propias de los diferentes órganos y dependencias de la administración pública. El servicio público en cambio es sustancialmente actividad prestacional, y asistencial a la comunidad, que no conlleva por regla general el ejercicio de poder, salvo que la autoridad que lo desarrolle deba acudir al poder para apoyar al servicio y su debida prestación, o que el legislador hubiere considerado prudente y oportuno asignar algunas funciones administrativas al particular para la materialización efectiva del servicio.

⁶⁰⁷ PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, cit., pp. 4 a 6. Para el autor, a partir de la constitución Política de 1991 se abandonó en Colombia definitivamente la concepción clásica de los servicios públicos, estructurándose una base economicista para su conformación jurídica y por lo tanto las referencias legislativas a las actividades prestacionales y asistenciales a la comunidad deben hacerse a partir de los principios y conceptos derivados de esta nueva visión del fenómeno, que por lo demás implican reflexionar sobre los servicios públicos desde la perspectiva de sus costos de transacción.

⁶⁰⁸ PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, cit., p. 22.

Es claro, de frente al texto constitucional, que no todo servicio público entraña o lleva implícito el ejercicio de funciones públicas administrativas⁶⁰⁹; para que esto sea así, se requiere expresa manifestación del legislador, de que quien desarrolla el servicio debe además cumplir precisas funciones de la administración. El Consejo de Estado así lo ha reconocido. En auto de noviembre de 1999 admitió la corporación que las universidades privadas no cumplen funciones públicas en cuanto que el concepto de servicio público es radicalmente diferente al de función pública administrativa, que sería él que habilitaría a la jurisdicción administrativa para conocer de determinados asuntos conforme al artículo 82 del código contencioso administrativo⁶¹⁰.

Bajo las anteriores consideraciones, los actos producidos en desarrollo de servicios públicos como pueden ser los académicos o cualesquiera otros, no son ni material, ni mucho menos formalmente actos administrativos⁶¹¹ y por lo

⁶⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de agosto de 1999. Exp. ACU 798. “[...] función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se trate de una empresa; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencias entre el ejercicio de esta y la prestación de aquel [...] puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público [...]”.

⁶¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 18 de noviembre de 1999. Exp. ACU 1016. “[...] El servicio público es una actividad que desarrolla la administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general. Por lo tanto, son diferentes los conceptos de función pública y servicio público. Así lo ha señalado reconocida parte de la doctrina. En efecto, Roberto Dromi sobre el punto dice: ‘Funciones públicas. Atañen a la defensa exterior, para resguardo de supremas necesidades de orden y de paz y a la actuación en derecho, para la tutela de los propios valores jurídicos como orden, seguridad y justicia [...] servicio público: se refieren a prestaciones o servicios de interés comunitario, que no son de forzosa ejecución estatal directa’. De conformidad con lo expuesto, resta concluir que la prestación del servicio público de educación por los particulares, no comporta el ejercicio de funciones públicas, en cuanto no corresponde al desarrollo de competencias atribuidas a los órganos o servidores del Estado. Por consiguiente, las universidades particulares prestadoras del servicio público de educación, no ejercen funciones públicas, y por lo mismo, no pueden ser demandadas en ejercicio de la acción de cumplimiento [...]”. [sic]

⁶¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-218 de 1995. “[...] La Corte no atribuye a las decisiones del colegio el carácter de actos administrativos. El ejercicio del servicio público educativo, por sí mismo, no equivale al desempeño de función pública ni al despliegue de una potestad administrativa. Los actos y omisiones del establecimiento, así tengan relevancia jurídica, en principio no tienen la naturaleza de actos administrativos [...]”.

tanto no pueden ser objeto de control Jurisdiccional Contencioso Administrativo, en cuanto realmente no son el producto de función pública administrativa⁶¹². El Servicio público, no implica irremediamente el ejercicio de función pública⁶¹³, situación esta que fue resuelta definitivamente para el derecho nacional por la Corte Constitucional⁶¹⁴.

2. LAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES EN TORNO DE UNA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LAS DIVERSAS LECTURAS DE SU RÉGIMEN POSITIVO CONSTITUCIONAL

Los fundamentos constitucionales de los servicios públicos en nuestro derecho se desprenden del marco normativo y de principios diseñados por el constituyente de 1991, con el propósito de destacar no sólo su importancia, sino también la trascendencia inmediata que la materia implica para los intereses públicos y la población en general. Bajo esta perspectiva, se diseñó un marco conceptual delimitador de la temática que recoge sus principales características y señala los parámetros para la estructuración de un régimen jurídico especial y particular rector de toda su problemática, con órganos de control predeterminados, sujetos prestacionales definidos, finalidades, competencias, y criterios asistenciales perfectamente indicados. No obstante esta aparente claridad que se desprende de los artículos 365 a 370 de la Carta Fundamental del Estado, son diversas las lecturas que de dichos textos básicos se han efectuado, lo que ha llevado a posiciones e interpretaciones doctrinales radicalmente distintas y obviamente con consecuencias jurídicas de naturaleza diferente.

⁶¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-052 de 1996. “[...] los actos académicos son objeto de tutela en razón a que no están sujetos al control jurisdiccional por parte de la justicia contencioso-administrativa [...]. Por consiguiente, dice la Corte Constitucional: si no son susceptibles de control contencioso-administrativo, el único medio de defensa que tiene la persona frente a actos académicos será el de control constitucional ante los casos de violación de derechos fundamentales [...]”.

⁶¹³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCIÓN PRIMERA. SUBSECCIÓN A. Sentencia del 9 de febrero de 2006. Exp 2001-0509.

2.1. La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991

Una simple aproximación a la relación normativa constitucional estructurada por los artículos 365 a 370 efectuada en la perspectiva y consideración de su carácter de normatividad especial, de interpretación restrictiva y por lo tanto desplazante de cualquier análisis sistemático que pudiere desconocer su naturaleza de contexto positivo comprometedor del Estado con su prestación, regulación, control y vigilancia, sostiene que la intención real y efectiva del constituyente en la incorporación de este régimen superior para los servicios radica en la conservación de todos los privilegios tradicionales para el poder público administrativo, en una especie de prolongación de su naturaleza de función administrativa dentro de un Estado actuante e interventor en la materia. Esta consideración se desprende principalmente del contenido simple y directo del inciso primero del artículo 365 constitucional, cuando señala que: “[...] *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional [...]*”, de donde se desprende su naturaleza de compromiso institucional con raíces en el régimen de deberes y responsabilidades estatales frente a la población⁶¹⁵.

Tesis que se ratifica, con el texto del inciso segundo de esta misma disposición constitucional, que deja claramente establecido que el legislador determinara un especial régimen jurídico tendiente a asegurar estos compromisos. Régimen que por lo demás destaca el papel del Estado no sólo como prestador directo o indirecto de los servicios, sino también como regulador, controlador y vigilante

⁶¹⁵ De alguna forma la doctrina nacional retoma esta posibilidad de lectura para el régimen de los servicios públicos. El profesor PALACIOS MEJÍA (*El derecho de los servicios públicos*, cit., p. 19) sostiene que dada la vaguedad de la redacción constitucional en relación con los servicios públicos, de la redacción del artículo 365 constitucional es posible entender que los servicios públicos en su integridad son de responsabilidad Estatal. “[...] La Constitución proporciona unos pocos elementos para elaborar el concepto de servicios público, pero, en cambio, se esmera en comunicar la idea de que son algo muy importante para la comunidad: por eso proclama que son ‘inherentes a la finalidad social del Estado’. Podría decirse, con base en el artículo 365, que si existe Estado es, entre otros fines, para que se ocupe de los ‘servicios públicos’ [...]”.

de los mismos, en cuanto actor principal de toda las secuencias e instancias en que se comprometa temas relativos a estos asuntos.

Así mismo, si la intención del constituyente fue la someter a un estatuto propio los servicios públicos, significaba que la idea matriz de todos los análisis políticos, sociales y económicos en la Asamblea Nacional Constituyente fue dirigida a crear un mecanismo normativo de estricto derecho administrativo, de lo contrario el constituyente se hubiere limitado a remitirse al derecho ordinario para regir este tipo de actividades fundamentales para la comunidad.

Bajo este contexto interpretativo, la gestión o prestación de los servicios por lo particulares o por la comunidad organizada sería excepcional y sometida al régimen jurídico especial creado por el legislador, en donde debía regularseles como una alternativa de colaboración y no de sustitución del Estado. Estas ideas son complementadas con las conclusiones extraídas del estudio del artículo 366 de la Carta, del cual se desprenden irrefutables compromisos públicos frente a las necesidades básicas de la población, que deben ser satisfechas a través de recursos públicos debidamente presupuestados en el denominado gasto público social.

El carácter de las prestaciones a cargo del Estado son de evidente naturaleza pública a cargo de la administración que el constituyente las definió como: “[...] *objetivos fundamentales de su actividad* [...]”, de donde se concluye que todos los servicios públicos no pueden ser más que funciones estatales sujetas a un régimen de derecho administrativo, en cuando directamente su satisfacción es responsabilidad de la administración pública. Por lo menos las necesidades insatisfechas en materia de educación, salud, saneamiento ambiental y agua potable estarían radicadas en el aparato administrativo público.

Esta particular lectura de las normas constitucionales no se agota en el destaque del contenido de los artículos 365 y 366 de la Carta para sustentar sus predicados, todo lo contrario, va mucho más allá, encuentra fundamentos para la consolidación de la teoría clásica de los servicios públicos en los

artículos 367 a 370 superiores, en cuanto en ellos lo que se plasma no es otra cosa que claras atribuciones al Estado en materia de regulación de los servicios domiciliarios en aspectos claves como las tarifas, cobertura, financiación, prestación directa por los municipios, subsidios, régimen de los usuarios y mecanismos de control a través de la superintendencia de servicios públicos. Es decir, todo un contexto de claras atribuciones públicas, que en últimas no generan en derecho otra cosa que asuntos de estricto derecho administrativo.

Agrega esta lectura que en ninguna de sus partes, el componente normativo especial en materia de servicios públicos está excluyendo o relegando al Estado a un segundo lugar en la prestación de los servicios públicos, todo lo contrario, lo está responsabilizando de manera directa de absolutamente toda su problemática. Es más, en ninguno de sus extremos conceptuales del capítulo referente a esta materia en la Constitución Política, el constituyente adoptó un contenido filosófico distinto al del carácter público de los servicios, por lo tanto de responsabilidad administrativa dentro de un régimen jurídico dictado de manera particular por el legislador, lo que desplaza de plano cualquier intento de someter la prestación de los mismos a las normas, principios y leyes que rigen el mercado, creando monopolios a favor de los particulares o permitiendo que éstos desplacen al Estado su papel protagónico e intervencionista sobre los servicios.

Estas consideraciones absolutamente respetables que se fundan doctrinalmente en los trabajos históricos del intervencionismo estatal y en sus razones económicas y políticas y que jurídicamente ha desembocado en la concepción del servicio como función estrictamente administrativa no ha tenido en el derecho nacional acogida alguna. Todo lo contrario, el legislador profundamente influido por otro tipo de concepciones ideológicas ha entendido el problema de los servicios desde una perspectiva económica, de mercado, luego de fenómeno típico de la competencia, por lo menos en estos términos fueron redactados tanto el estatuto básico de los servicios domiciliarios contemplados por la Ley 142 de 1994, como en la mayoría de las disposiciones

referidas a los distintos tipos de servicios públicos, como en el caso del transporte, educación superior, telefonía celular, servicios postales, etc.

2.2. La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público. El abandono parcial a las titularidades públicas en el derecho nacional

Esta nueva lectura del texto constitucional en materia de servicios públicos proclama a todas voces la necesidad de hacer una interpretación sistemática y de contexto de la Constitución, con el fin de no caer en despropósitos respecto de la intención del constituyente en cuanto a los servicios públicos, para lo cual propone como punto de partida vincular el concepto y la normatividad suprema en la materia a las disposiciones rectoras del régimen económico constitucional, llegando a sostener la imposibilidad absoluta de entender cualesquier aspecto de los servicios sino están determinados dentro de la perspectiva del régimen económico constitucional.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sostiene los propugnadores de esta concepción dominante en el derecho nacional, se definieron para los servicios públicos unas especiales y particulares bases normativas tendientes a la estructuración de su régimen jurídico, según las cuales, su prestación estaría sujeta a los principios de la libertad, mercado y competencia, con estricta sujeción al derecho privado en cuanto régimen jurídico de la actividad privada y base consolidadora de la autonomía de la voluntad⁶¹⁶.

Básicamente, se trata de recoger para los servicios públicos los postulados y principios de los artículos 333, 334 y 336 constitucionales en cuanto a la libertad de empresa e iniciativa económica, con limitaciones en ellos admitidas en razón del bien común y el interés general, en donde la intervención estatal

⁶¹⁶ PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, cit., pp. 43 y ss.

se predica exclusivamente para su regulación, control y vigilancia, eficiencia y prestación continua, se proscribire en consecuencia cualquier atentado contra la economía de mercado como los propios de la competencia desleal y del abuso de la posición dominante, todo lo anterior con el fin de garantizar a los usuarios el mejoramiento de su calidad de vida y el bienestar que demanda el Estado social de derecho.

Se incorporó en Colombia, de esta manera, doctrinaria y filosóficamente el concepto de servicios públicos a los principios liberales de libertad económica⁶¹⁷ con las cargas institucionales del Estado social de derecho, dentro de la línea de que la iniciativa privada también puede brindarle a la comunidad solución a sus problemas y necesidades y que el Estado debe relegarse a un papel de fortalecedor del mercado y estimulador de la actividad privada para el desarrollo de los servicios públicos.

La nueva teoría de los servicios públicos aplicada a la realidad nacional conjuga las disposiciones especiales establecidas por el constituyente en los artículos 365 a 370 de la Carta con los artículos correspondientes al régimen económico adoptado para el Estado en la Constitución. Situación ésta que se refleja en los estatutos jurídicos rectores de los servicios públicos domiciliarios, principalmente en la Leyes 142 y 143 de 1994 y en algunos otros especiales⁶¹⁸.

⁶¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 de 2004. “La conjunción de los interés privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (CP art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “*economía social de mercado*”, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación. Para lograr que lo anterior ocurra, en materia de libertad económica, la Constitución Política permite que la autonomía de la voluntad privada y los atributos de la propiedad, se expresen en la consolidación de mercados libres de bienes y servicios, a través de los cuales se facilite la circulación de la riqueza y se permitan obtener los beneficios derivados del ciclo natural de la renta. Esto significa que los distintos actores de la economía social de mercado consiguen un beneficio por la permisión de su existencia. El Estado recibe vía impositiva recursos para destinarlos al empleo y al bienestar social. Los empresarios acumulan riquezas y desarrollan una actividad libre como expresión de su autonomía. Y, los trabajadores, logran prestar sus servicios y recibir a cambio salarios y prestaciones”. [sic]

⁶¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 9 de junio de 1998 (MP: PEDRO LAFONT PIANETTA. Rad.: 5036). “[...] Con el triunfo de la Revolución francesa, advino el

Con esta concepción doctrinal, el constituyente quiso abandonar el marco intervencionista y proteccionista que en materia de prestación de servicios públicos venía caracterizándose durante la vigencia de la Constitución de 1886. Básicamente, a partir de los artículos 333, 334, 336; y 365 a 370 constitucionales se incorporó a los servicios públicos dentro de la concepción de la actividad económica e iniciativa privada libres, en una sociedad regida por los principios de la competencia económica, y sobre la consideración de que la constitución de empresas por los particulares para la prestación de los servicios públicos es uno de sus baluartes más importantes que las compromete dentro de una función social que implica obligaciones.

2.2.1. La libertad de Empresa: el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal

El modelo económico definido en la Constitución Política de 1991 combina los postulados del Estado social de derecho con los de la libertad de Empresa. El modelo se funda en una mixtura entre principios y normas de naturaleza absolutamente diversa, que deben ser articuladas en aras de la convivencia pacífica de todos los asociados, con los efectos e incidencias que este ejercicio tiene para la integración de un régimen jurídico armónico y coherente, en todos los aspectos de la vida nacional, en especial en los relativos a la prestación de los servicios públicos.

La idea general de libertad económica que entraña las de libertad de empresa, iniciativa privada, libertad de mercado, libre iniciativa económica privada,

régimen capitalista en la producción y distribución de bienes y servicios, al cual le son consustanciales los principios de la iniciativa privada y la libre competencia mercantil, conocidas entonces como las libertades de industria y de comercio, las que fueron consagradas como garantías individuales en las constituciones políticas promulgadas en el siglo XIX y desarrolladas luego legislativamente en los códigos civiles y comerciales que siguieron como modelo la legislación francesa [...]. Dado que el ejercicio de tales libertades sin sujeción a reglamentación alguna, podía conducir al abuso de las mismas en detrimento de los demás comerciantes y de la sociedad en general, el legislador se vio precisado a establecer limitaciones a la libertad de comercio, en orden a garantizar la realización de la competencia mercantil dentro de los linderos de la licitud, cual sucedió con la legislación colombiana [...].” [sic]

libertad de iniciativa económica, etc., deviene sin dudar de los trabajos de los teóricos del individualismo clásico principalmente de los economistas liberales encabezados por Adam Smith – *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, publicada en marzo de 1776, en los preludios mismos de la Revolución francesa–, trabajos precisamente inspiradores del contenido de libertad proclamado como principio fundamental de la mencionada revolución individualista del cual se infiere por la doctrina el de las libertades de comercio e industria –declaración del hombre y del ciudadano de 1789–. El concepto es tomado y magnificado, después de la crisis del Estado benefactor por los padres fundadores del neoliberalismo, en especial Friedrich A. Hayek –*Camino de servidumbre* (1946)– y trasladada norma constitucional a partir de la segunda posguerra principalmente en los textos de la Ley Fundamental de Bonn⁶¹⁹, Constitución española de 1978⁶²⁰, italiana de 1947⁶²¹, entre otros.

La libertad económica como su postulación doctrinal y Constitucional lo destaca, es un concepto ligado de manera vertebral al marco y contenido económico supremo del ordenamiento jurídico, por lo tanto, vinculado a la dinámica misma de la economía en la sociedad y a sus preceptos

⁶¹⁹ FRITZ OSSENBÜHL. “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991, pp. 11 y 12. La idea de la libertad de empresa en el derecho constitucional alemán no proviene de una fórmula específica en la materia. Su postulación, que es evidente, se deduce de un conjunto de disposiciones incorporadas en la mencionada Ley Fundamental de las cuales se deduce su presencia rectora de la economía en aquel país. Los postulados que han servido a la doctrina y la jurisprudencia alemanas para sostener la presencia de un derecho fundamental de libertad de empresa son los siguientes: la libertad de profesión e industria (art. 12 par. 1); la defensa del derecho de propiedad (art. 14 par. 1); la libertad de residencia (art. 11 par. 1); la libertad de asociación (art. 9 par. 1); la garantía de formación de sociedades comerciales capitalistas y de concentración de empresas; y la libertad de actuación en general (art. 2 par. 1), que comprende la libertad de contratación y de actividades económicas.

⁶²⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico I*, cit., p. 84.

Constitución española: Artículo 38. “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

⁶²¹ GIANNINI. *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 177.

Constitución italiana: Artículo 41. “Será libre la iniciativa económica privada.

”No podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.

”La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales.”

determinantes como son los de mercado y competencia⁶²², ideas, por lo demás, extra jurídicas, que implican altos grados de discrecionalidad técnica para su reconducción al ámbito del derecho propiamente dicho, lo que hace del concepto en sí mismo, un ámbito de dificultades permanentes para el intérprete, lo cual no resta de manera alguna su carácter de pilar fundamental del orden Constitucional y fuente de derechos subjetivos vinculante y garantizado por el Estado en aras del orden político y la paz social⁶²³.

El modelo constitucional de libertad económica, sustenta y soporta el reconocimiento de un claro e inequívoco derecho de carácter subjetivo, que no obstante caracterizarse por poseer un núcleo esencial aparentemente intangible, surte efectos plenos en cabeza de sus titulares, quienes pueden reclamar en todo momento y hora, mediante los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes, que se les garantice el mismo y que además les proteja de las agresiones o desconocimientos por parte de cualquier actor dentro del tráfico jurídico⁶²⁴.

El modelo constitucional de la libertad económica y el consecuente reconocimiento de los derechos subjetivos que hemos destacado, no son absolutos. La libertad en mención no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores no solo policivos, sino también regulatorios en procura de su adecuación a los causes del interés público y general, hipótesis que se funda incluso en los mismos trabajos conceptuales de sus predicadores supremos dentro de las construcciones teóricas neoliberales⁶²⁵, debiéndose respetar en todo caso, su núcleo esencial, que si bien es cierto lo hemos entendido como aparentemente intangible, de todas maneras concentra la idea

⁶²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-616 de 2001. “[...] La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado. [...]” [sic]

⁶²³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico I*, cit., p. 85.

⁶²⁴ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, cit., p. 25.

⁶²⁵ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 37.

rectora de la subsistencia de la libertad, luego por vía de la intervención no se puede llegar a suprimirla, o materialmente desaparecerla⁶²⁶.

Se reconoce en este sentido por la doctrina un papel vital por parte de las autoridades para que mediante las actividades ordenadoras y de policía eviten distorsiones en la competencia que impidan el ejercicio de esta libertad o por lo menos otorguen ventajas inmerecidas a algunos de los actores del mercado en lo que se ha dado en llamar el principio de la igualdad en la competencia⁶²⁷.

Por fuera de las discusiones ideológicas y políticas, se tiene que de todas maneras, si nos acercamos dogmáticamente al núcleo esencial del derecho constitucional subjetivo de la libertad de empresa, se puede decantar un mínimo constitucional sustancial, que no puede ser de manera alguna alterado o suprimido como consecuencia de la intervención estatal cual es el de su aceptación existencial, el de su disfrute efectivo y no formal.

El concepto, como bien lo destaca la doctrina española a partir de sus experiencias constitucionales, sobre todo a partir de la aceptación de carácter

⁶²⁶ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, cit., p. 28.

⁶²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-240 de 1993. “[...] La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expropiación de la parte débil cuya libertad comercial pasa a ser puramente formal. Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual. [...] La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa. Es del resorte de la ley prohibir —excepcionalmente autorizar bajo ciertos supuestos y condiciones— conductas, acuerdos o prácticas que tenga por efecto impedir, restringir, obstaculizar o falsear la libre competencia en cualquier mercado de bienes o de servicios, tarea ésta del legislador esencial para conformar y mantener mercados eficientes y para que en verdad la libre competencia pueda ser ‘un derecho de todos’, como lo consagra la Constitución. La ley debe impedir que personas o empresas que detentan una posición dominante en el mercado la exploten de manera abusiva. Escapa al juez que examina un contrato en particular, en ausencia de una norma legal aplicable al caso, arbitrar remedios de una o de otra naturaleza, debiéndose circunscribir a interpretar la regla contractual con un criterio constitucional de justicia sustancial, sin rebasar el ámbito del contrato”. [sic]

ideológicamente plural del artículo 38 de su texto Constitucional, bajo un contexto amplio el tema de la libertad económica, no puede de manera alguna dentro del contexto del Estado Constitucional social y democrático derecho considerarse un privilegio epistolar de los neoliberales. Tres, se sostiene, son los supuestos que podrían desprenderse de un análisis de la libertad en cuestión en relación con el ámbito económico del mercado en donde está llamada a desarrollarse. El de un economía abierta y libre; una economía social; y, una economía dirigida, supuestos todos ellos que surgen a partir de la actividad ordenadora de la administración conforme a los parámetros superiores conformadores de la correspondiente libertad⁶²⁸.

La libertad económica en cuanto elemento que coadyuva a la sustentación del sistema Constitucional es parte integrante del mismo, y de ninguna manera una rueda suelta o sin puerto seguro dentro del mismo. Hace parte del contexto constitucional y así debe ser siempre entendida, produciendo unos efectos sustanciales que correspondan a su naturaleza y propósito. Bajo este entendido debe articularse con los demás postulados también básicos de nuestro sistema Constitucional, como lo puede ser en primer lugar el del Estado social y democrático de derecho. Relación supeditada al equilibrio y la ponderación, en relación con cada caso concreto, de manera que sin desconocer la esencia de cada uno de estos postulados básicos del sistema se puedan modular de manera coherente y permanente.

De manera concreta en tratándose del ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 333 de la constitución política⁶²⁹ define un modelo económico para la sociedad colombiana fundado en el principio de libertad y de iniciativa

⁶²⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico I*, cit., p. 91.

⁶²⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

económica privada⁶³⁰ dentro del mercado como motores vitales para el desarrollo y el progreso de la comunidad⁶³¹, reprochando en consecuencia modelos e ideologías económicas que desconozcan las bondades de la libertad individual y de las fuerzas transformadoras de la competencia en el mercado, tanto así, que la disposición eleva a la categoría de derecho subjetivo de los colombianos y de las personas residentes en el territorio nacional el de la “[...] *libre competencia económica con responsabilidades* [...]”. Aspecto éste que claramente destaca la Corte Constitucional, cuando al ocuparse del tema identifica la trascendencia que en el derecho nacional tiene el carácter de derecho individual de la libre competencia y las consecuentes responsabilidades que esto implica para la organización política⁶³².

⁶³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-616 de 2001. “La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico. [...] De la anterior norma se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas. La libertad económica que, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado social de derecho. De esta manera, así como la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad real del individuo de desarrollar actividades económicas que considera necesarias para la satisfacción de sus intereses, también, se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que éstas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta”. [sic]

⁶³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 de 1997. “[...] la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente”. [sic]

⁶³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 de 1997. “[...] La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados [...]”.

En este sentido, la libertad económica⁶³³, que implica las de iniciativa y de competencia, se espera que genere condiciones para que de su dinámica, surjan las grandes respuestas a las necesidades públicas, entre las cuales inevitablemente se encuentran la atención a los servicios públicos⁶³⁴. En la medida en que las fuerzas del mercado conduzcan a mejores ofrecimientos, el beneficiado no puede ser otro que el usuario o consumidor final⁶³⁵.

La principal consecuencia de la adopción de la economía de mercado para la prestación de los servicios públicos radica en el inevitable desplazamiento del Estado de su tradicional papel de actor principal, trasladándolo a una posición importante pero no actuante directo o de gestor del mercado de ciertos servicios liberalizados o privatizados, conservando su papel principal en los que sean de su titularidad. El Estado pasa a ser un actor más de la prestación de servicios públicos. Sus banderas también son ahora recogidas por la iniciativa privada, la cual es considerada el baluarte del nuevo sistema.

Para estos propósitos, la norma constitucional proclama de manera coherente con sus fundamentos ideológicos a la empresa como base del desarrollo, lo que adquiere desde la perspectiva de los servicios importancia y trascendencia, en cuanto es la organización de los bienes particulares, puestos al servicio de la comunidad en una economía de mercado, la determinante para

⁶³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 425 de 1992. “[...] La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social [...]”.

⁶³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-533 de 1992. En la economía social de mercado “[...] existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas”.

⁶³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 de 1997. “[...] La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores [...]”.

lograr la satisfacción de necesidades como las de los servicios públicos. En este sentido, el constituyente le recuerda a la iniciativa privada que cuando actúe como empresa en el tráfico jurídico cumpla también una función social y no exclusivamente individual.

El individualismo a ultranza del capitalismo clásico se rompe supuestamente bajo los parámetros del nuevo mercado. El respeto a la sociedad es imprescindible para los actores del mercado. La comunidad constituye su objetivo más importante. En este sentido, la empresa estimulada, fortalecida y consolidada constituye un factor de estabilidad⁶³⁶ y de desarrollo para la sociedad y sus necesidades.⁶³⁷

2.2.2. Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado

El ejercicio de las libertades que postula el artículo 333 constitucional no es absoluto y se encuentra sujeto como lo establece la disposición a los límites del bien común, consecuentemente las rupturas a estas barreras generan responsabilidad y obligaciones interventoras del Estado para evitarlas o sancionar a sus infractores, lo que significa que son libertades moldeadas a los propósitos del Estado social de derecho, ésta la razón por la cual se prevea expresamente en la norma que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que

⁶³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-992 de 2006. “La Corte ha precisado que la libertad económica constituye uno de los fundamentos del Estado social de derecho. Igualmente que, al tiempo que la libertad económica se establece en la Constitución para garantizar la posibilidad real de que las personas desarrollen las actividades productivas que consideren necesarias para la satisfacción de sus intereses, también se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que las mismas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta”.

⁶³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524 de 1994. “[...] Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial –la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer– y el instrumental –a través de una organización económica típica–, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral [...]”.

se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Por su parte, en el artículo 334 constitucional, se retoma el principio de intervención con propósitos similares, frente a los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano y lo que resulta aun más importante, el Estado también debe intervenir con el fin de que todas las personas en especial las de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, así mismo para promover la productividad y la competitividad. Es decir, los postulados generales del artículo 333 de la Carta no implican una absoluta autorregulación a partir de la dinámica del mercado, sino que por el contrario se encuentran eventualmente sujetos a claras disposiciones reguladoras de origen estatal, generadoras de un ostensible derecho administrativo que acompañara siempre a la iniciativa privada y a la libre economía.

Estos perentorios mandatos constitucionales tienen incidencia directa en el ámbito de los servicios públicos. Si bien es cierto que el legislador con fundamento en los artículos 333 y 334 de la Constitución incorpora el concepto de libre empresa para la prestación de los servicios públicos, no se debe olvidar, que su ejercicio está limitado y demarcado por el interés general que involucra este tipo de actividad esencial para la vida ciudadana, por lo tanto sujeta a la regulación que el artículo 365 constitucional prevé para su adecuado ejercicio dentro del Estado de Derecho, luego no nos encontramos en el ámbito de los servicios frente a actividades absolutamente libres enmarcadas en los clásicos presupuestos de la autonomía de la voluntad dentro de un mercado incontrolable y agresivo con la comunidad y los asociados.

Todo lo contrario, para el caso de los servicios públicos domiciliarios, por lo menos, con fundamento en las Leyes 142 y 143 de 1994, el legislador ha previsto que en aras de garantizar mínimos vitales a la ciudadanía y especialmente a los consumidores de los servicios, el ofrecimiento de los mismos debe hacerse conforme a las normas establecidas por la ley, la reglamentación y la regulación de las Comisiones respectivas, todas las cuales constituyen en su conjunto disposiciones vinculatorias y de acatamiento inmediato por todos los actores de la generación eléctrica.

El régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia deviene indudablemente de la concepción de libertad económica e iniciativa privada, que bajo un marco de responsabilidad social y de interés general postula el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, principio que es recogido de manera innegable en las leyes 142 y 143 de 1994, de las cuales se deduce sin mayor dificultad que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es un problema relativo a la competencia en el mercado, a sus normas y principios, pero de todas maneras sometidos al régimen jurídico que establezca la ley, según lo dispone el artículo 365 constitucional, en consecuencia a los marcos normativos legales, reglamentarios y en especial a las regulaciones específicas que las comisiones establezcan sobre asuntos de su competencia.

La anterior base normativa se diseñó, entre otros propósitos, para ser coherentes con los postulados de los incisos 4 y 5 del artículo 333 de la Carta, según los cuales la libertad económica y la iniciativa privada dentro del Estado social de derecho colombiano, si bien es cierto se caracterizan por ser libres, no por esto se puede predicar su carácter absoluto, arbitrario, incontrolable o sumidas en el estricto querer de los actores del mercado⁶³⁸. Para el Constituyente, el Estado por mandato de la ley, evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan en el mercado nacional, estando para

⁶³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118 de 1998. “[...] Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y, por el contrario, se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen. Se ejercen, como dice la norma del artículo 333 de la Carta, ‘dentro de los límites del bien común’, bajo los supuestos y objetivos prioritarios del Estado social de derecho y de la función social, y con el carácter relativo que corresponde a un sistema en el cual el Estado es *director* de la economía y no mero observador de los acontecimientos que la afectan [...]”.

estos efectos el legislador habilitado para hacer prevalecer el interés general frente a desmanes y despropósitos serios que puedan alterar los presupuestos fácticos de la norma constitucional⁶³⁹.

En este sentido, la Ley 142 de 1994 que constituye el régimen jurídico básico para todos los servicios públicos domiciliarios, establece de manera perentoria en el artículo 34 de su codificación que las empresas de servicios públicos en todos sus actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia. Se trata de un postulado genérico de carácter prohibitivo, limitativo de la libertad de actividad económica e iniciativa privada, en favor de la prevalencia del interés general dentro del tráfico jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios, norma que dentro del principio de complementariedad existente con la Ley 143 de 1994, se reitera para el sector eléctrico en el artículo 3º de esta última codificación.

Bajo los anteriores presupuestos, el legislador ha recogido para los servicios públicos los fenómenos negativos de la competencia que doctrinariamente se conocen como competencia desleal (art. 34 num. 5 en conc. con la Ley 256 de 1996), abuso de posición dominante (art. 34 num. 6 en conc. Con los art. 133 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 de 1994), restricciones indebidas de la competencia (art. 34 inc. 1º en conc. art. 1º de la Ley 155 de 1959).

⁶³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1995. “[...] Debe concederse al demandante que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP, la libertad de empresa –en el lenguaje de la CP ‘la actividad económica y la iniciativa privada’– y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio *pro libertate*. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que ‘las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 [...]. deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica’ (CP art. 150-21 [...]). [sic]

El constituyente previendo los desafueros y problemas lógicos de una sociedad económicamente libre, autorizó al legislador para que interviniera regulando los límites necesarios con el fin de adecuar esta actividad económica al bien común, evitando su colapso a través de mecanismos perturbadores. La Corte Suprema de Justicia, por vía de su Sala de Casación Civil y Agraria, ha explicado el alcance del artículo 333 constitucional, en el sentido de considerarlo la base doctrinal y jurídica de la represión a todo mecanismo de perturbación de la libre competencia económica. El artículo 333 de la Carta Política de 1991 sostiene la Corte, garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada con sujeción a la ley, libertades éstas que han de ejercerse dando cabal operancia en la realidad a la función social que ha de cumplir la propiedad. Dentro de ese marco constitucional, se debe regular la libre concurrencia en el mercado, de tal suerte que se sancione la "competencia desleal", precisamente para hacer efectiva aquella libertad.⁶⁴⁰

El Consejo de Estado ahonda en las razones jurídicas que llevan al establecimiento de restricciones para permitir una verdadera, leal y limpia contienda de los participantes en el tráfico jurídico – económico, sosteniendo que resulta inadmisibles en un sistema económico de competencia, actuaciones de sus actores fundadas en la mala fe, en el abuso o en el ejercicio de prácticas desleales. Reconociendo, así mismo, que la lucha por los mercados no puede consolidar rupturas de mínimas normas de comportamiento y de respeto, razón por la cual se justifican las intervenciones previstas constitucionalmente.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de junio de 1996. Rad: 6065-96.

⁶⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 31 de marzo de 1995. Rad.: 4834. “[...] En un sistema económico cuyo eje central es el de la libre competencia, ésta se presenta cuando los distintos participantes en el mercado – vendedores– tienen una misma pretensión vale decir, lograr para sí, el favor de la clientela, pretensión que genera lucha, pues todos persiguen igual objetivo. Para lograrlo, cada participante debe luchar en forma honesta y limpia, pues el empresario de la actividad económica debe ganar y esa es su meta, pero en juego limpio, ya que la competencia como expresión genuina de la libertad económica, no puede jamás ser la libertad de actuar en el mercado sin reparar los medios empleados. Por ello, y en atención a que el equilibrio en las armas a utilizar en la contienda se pierde con frecuencia, y para atender las exigencias de la vida económica, el ordenamiento jurídico ha respondido al proponer un conjunto de normas para sancionar la competencia desleal, tanto en el comercio interno como en el internacional, en este último, imponiendo derechos para el *dumping* y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe

Desde una perspectiva eminentemente ideológica, la presencia del Estado en los procesos económicos y en la economía de mercado estableciendo reglas de comportamiento y restricciones a través del legislador, habilitando consecuentemente a las autoridades administrativas para actuar directamente aplicando normas de orden público, se justifica precisamente para garantizar la tan pregonada libertad en que se funda la lectura neoliberal de los servicios públicos, con el propósito de que todos los sectores de la población sean objeto de atención y que las parcelas menos favorecidas no se vean desprotegidas en cuanto a su asistencia efectiva o posibles prestadores restringidos mediante maniobras torcidas o irregulares de la competencia. La intervención del Estado constituye una garantía de convivencia, control y ponderación en un medio de por sí propenso a la arbitrariedad como lo es el mercado, si es dominado no por la libertad, sino por el libertinaje que históricamente lo caracterizó en otras épocas. La Corte Constitucional así lo ha entendido y explicado por vía doctrinaria.⁶⁴²

triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden [...]”. [sic]

⁶⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524 de 1995. “[...] La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan ‘el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación’. Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones y que la libre competencia económica supone responsabilidades. [...] Así las cosas, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. [...] Y en reciente fallo expresó, que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP, la libertad de empresa, en el lenguaje de la Constitución Política, la actividad económica y la iniciativa privada y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las

Queda claro, entonces, que el legislador tiene atribución constitucional para establecer ciertas limitaciones a la libre empresa con los fines a que se hizo alusión en párrafos anteriores, siempre y cuando dichas restricciones no sean de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho y, que en desarrollo de la facultad de intervención económica, cuenta con poder suficiente para injerir en *“la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes”*.

2.2.3. Los monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional

En concordancia con el artículo 333 de la Constitución Económica en el 336, se consagra una clara limitación de origen superior tendiente a fortalecer el mercado y la libre competencia frente al fenómeno de los monopolios o concentración desmedida del mercado en uno o unos pocos actores del mercado. Desde la perspectiva económica, la existencia de monopolios constituye un elemento perturbador y generador de pereza y dinámica en el mercado con capacidad suficiente para disminuir la producción, aumentar los precios en detrimento incluso de la calidad y de la eficiencia. La obligación del Estado es proteger la competencia frente a estas situaciones anormales que alteran significativamente el libre transcurrir de la economía, para lo cual se deben desarrollar los instrumentos jurídicos adecuados.

El asunto adquiere especial importancia en materia de servicios públicos, si se tiene en cuenta que el mecanismo jurídico tradicionalmente utilizado por el estado intervencionista para la prestación de los mismos se resumía en la creación de grandes monopolios públicos, que impedían la competencia y congelaban las posibilidades de alternativas eficientes para concurrir a la solución de muchas de sus situaciones críticas.

medidas legales limitativas de la actividad económica no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que a título de garantía adicional, se disponga que las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 [...], deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica CP art. 150-21) [...]” [sic]

La Constitución Política de 1991 proscribió por regla general los monopolios o figuras de esta naturaleza en todos los sectores de la economía, trasladando la figura a un campo estrictamente excepcional⁶⁴³ y generando para el Estado la obligación de promover por todos los medios la competencia, con el claro propósito de erradicar los síntomas monopolísticos que aun se conserven en la economía nacional. El artículo 336 constitucional⁶⁴⁴ circunscribe a la ley la competencia de crear monopolios pero única y exclusivamente como un instrumento para generar rentas para el Estado destinados a salud y educación, incluso lo obliga a enajenar y liquidar todas aquellas empresas monopolísticas que posea cuando en razón de su ineficiencia perturben el libre

⁶⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 2004. “Si bien los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, lo cierto es que el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios, de forma que se asegure el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la CP). Esto porque es *objetivo fundamental de la actividad estatal* la solución de las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la CP). Tan importante es el mencionado *objetivo constitucional* que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la CP). [...] Salta entonces a la vista que la prohibición contenida en el artículo 22 acusado no viola el artículo 333 de la Carta, en cuanto a que establece una limitación a la libertad de empresa y la iniciativa privada, pues, como lo indican las sentencias citadas, la intervención estatal tratándose de servicios públicos puede ser tan intensa, que puede eliminar la iniciativa privada y establecer un monopolio estatal para estos servicios, por lo que tampoco prosperan los reparos que hace el actor sobre la constitución de un monopolio en la prestación del servicio. En consecuencia, por las razones expuestas por Ecopetrol y el Ministerio de Minas y Energía, sobre la oferta limitada de GLP en el país, resulta justificado y razonable que el legislador restrinja el uso del GLP al doméstico, pues, se repite, permitir el uso como combustible vehicular implicaría poner en riesgo el suministro del GLP a ciertos sectores de la población, posiblemente los más desprotegidos (el sector rural y los estratos más bajos de la población), donde por circunstancias económicas o técnicas, no es posible llevar el gas natural”.

⁶⁴⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 336. “[...] Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores [...]”. [sic]

ejercicio de la economía de mercado, privatizando o liberalizando el objeto de las mismas.

En materia de servicios públicos, el problema es especialmente significativo si tenemos en cuenta que el artículo 365 constitucional permite que el Estado por razones políticas o de alta conveniencia pública pueda excepcionalmente reservarse a la explotación de determinados sectores de los servicios. Indica esta disposición que si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno, decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita, de lo contrario sin indemnización limitar su acceso cuando ningún actor del mercado lo estaba ejerciendo.

Este enunciado supremo no está haciendo otra cosa que creando las condiciones normativas para que el Estado pueda actuar libremente como prestador único, lo cual aparentemente generaría ostensibles conflictos frente a la lectura neoliberal de la Constitución Política. Sin embargo, consideramos que se trata de una disposición de aplicación excepcional y restrictiva que no puede desconocer los postulados del 333 de la Carta, en cuanto a la libertad como regla general del sistema económico nacional, luego el legislador debe ponderar su aplicación sobre esta importante consideración.

No obstante lo anterior, la regla general obvia y ostensible que se consagra, por lo menos en la ley de servicios públicos domiciliarios, que es nuestro ejemplo más cercano, es la de la proscripción de cualquier forma monopolística. Precisamente en el artículo 2.1 de la Ley 142 de 1994 se postula como uno de los propósitos de la intervención del Estado sobre los servicios públicos el de procurar la “[...] *Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante* [...]”, esto cuando las condiciones de la economía y del mercado permitan la competencia, por cuanto pueden darse eventos de falta absoluta de la misma, donde el servicio universal deba

ser garantizado directamente por el Estado. Lo importante en estos eventos es que la empresa única estatal o privada que garantice el servicio universal no se haga ineficiente. Precisamente en el artículo 11.2 de esta misma ley se deja entrever que en servicios públicos serán absolutamente reprochables los monopolios o prácticas de esta naturaleza, si de hecho existe la posibilidad de competencia o hasta cuando se generen las condiciones necesarias para que la economía de mercado asuma su papel propulsor de los servicios.

La función más característica que el legislador le ha otorgado a las comisiones de regulación en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 es la de promover, procurar, mantener o crear las condiciones para que los servicios públicos domiciliarios se desarrollen bajo las reglas de la competencia y del mercado y de existir monopolios por ausencia de ésta, regularlos para que no se desborden o se hagan básicamente ineficientes, no degeneren en abuso de su posición dominante o pierdan la calidad de sus productos, lo cual repercute necesariamente en los derechos y condiciones de los usuarios o consumidores de los servicios.⁶⁴⁵

2.3. La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos

Conforme a lo expuesto, resulta claro que nuestro sistema jurídico de los servicios públicos no corresponde en estricto sentido ni a una lectura de estricto derecho administrativo, que confunde servicios con función administrativa, ni tampoco a una enraizada concepción neoliberal absoluta, dependiente radicalmente de las contingencias de los mercados y de la competencia económica. Ni lo uno, ni lo otro; de aquí precisamente los grandes conflictos que el tema engendra y las profundas limitaciones para resolver elementales situaciones de estricto carácter jurídico sobre la materia, que se ven interpretadas o leídas bajo ópticas diferentes por quienes no identifican certeramente la fuente real de cada componente del sistema mixto en que nos hemos involucrado.

⁶⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 14 de julio de 1995.

El estudio de las disposiciones constitucionales permiten visualizar un régimen de los servicios públicos con influencia evidente del mercado y de la libertad de empresa e iniciativa conforme a los postulados del artículo 333 constitucional, pero también con aspectos supremamente influidos por las doctrinas intervencionistas que no permiten que el Estado se aleje sustancialmente de temas como tarifas, subsidios, regulación, control, inspección, vigilancia, regulaciones al mercado con propósitos de interés general, cobertura, calidad, financiación, régimen del usuario etc. Mientras son del dominio del mercado la misma prestación, la competencia, la eficiencia, la calidad, condiciones y contenido de los contratos, etc., y en fin todas las vicisitudes propias de su dinámica asistencial.

Esto sin desconocer, la posibilidad también Constitucional de que el Estado no solo sea regulador de los servicios sino también un prestador de los mismos en aquellos ámbitos donde todavía continúe con titularidades, como sucede en materia de construcción de infraestructura y obra pública, o incluso en el manejo de los bienes de uso público y fiscales.

Agregaría a esta lista de hipótesis, los casos en que se deba agotar la cláusula del servicio universal que impacta directamente en las responsabilidades del estado creándole titularidades excepcionales. Podría sostenerse entonces de frente a estas realidades jurídicas, que en aspectos esenciales el sistema económico adoptado en la Constitución Política, sustenta y explica los servicios públicos, admitiendo su articulación entre las actuaciones intervencionistas permitidas y autorizadas constitucionalmente, con la iniciativa privada. Que realmente existe es una verdadera interacción entre estado y libertad económica armoniosa.

Este carácter mixto del régimen constitucional de los servicios públicos se acrecienta con el estudio detallado de la totalidad de la base constitucional de la materia contenida en los artículos 365 a 367 de la Carta. bajo los presupuestos de la concepción mixta propuesta, el contenido de estas

disposiciones no puede hacerse por fuera del contexto del sistema económico definido en la Constitución Política de 1991, pero tampoco desconociendo las responsabilidades estatales en estas materias, es decir, debe corresponder a un análisis sistemático dentro del cual el legislador deberá elaborar los parámetros normativos que regirán los procesos intervencionistas del Estado y determinarán el comportamiento regulatorio de las diversas comisiones⁶⁴⁶.

Las responsabilidades sociales en materia de servicios consagradas en el inciso primero del artículo 365 constitucional deben ser entendidos en el sentido que el Estado asegure su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, a través de los senderos del mercado recalando que la iniciativa privada y el mercado tienen compromisos sociales que implican obligaciones a partir de los cuales se deben satisfacer los servicios y las necesidades de la población. En este sentido, la prestación directa de los mismos por el Estado debe ser totalmente excepcional en relación con servicios liberalizados o simplemente privatizados, en cuanto no es, por su propia naturaleza, un actor natural de la economía de mercado.

Se admite por la Corte en consonancia con los textos constitucionales, que los particulares también pueden asumir responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos, en cuanto que la eficiencia que ordenan la Constitución para su prestación, no resulta a la luz de la carta ser un privilegio de la administración pública⁶⁴⁷. Históricamente así ha ocurrido, y el constituyente lo ha retomado en el inciso segundo del artículo 365 constitucional. Además, para la Corte Constitucional esta incorporación normativa implica de todas maneras la aceptación constitucional de la gestión

⁶⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Exp. 11.542. "Si bien es cierto que de conformidad con la Constitución Política (artículos 150.8, 150.23, 365,367 y 369) corresponde a la ley: establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, definir sus pautas, parámetros generales y aspectos estructurales, definir áreas prioritarias de inversión social, determinar el régimen de participación ciudadana y municipal, e incluir en los planes y presupuestos de la Nación el gasto social, también lo es que la misma Constitución (artículo 370) confirió al Presidente la facultad de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, funciones que puede delegar en las comisiones de regulación, circunstancia que demuestra cómo se trata de funciones que no requieren del ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario".

⁶⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003.

privada bajo conceptos de utilidad, es decir, una participación del privado pero con sujeción a los principios y reglas propias de las doctrinas neoliberales⁶⁴⁸.

Para la organización política y administrativa, quedan reservados constitucionalmente la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, pero también, la prestación de ellos cuando se trate de asuntos de su titularidad, o excepcionalmente en los casos de activación de la cláusula del servicio público universal.

En este sentido, tanto el Congreso Nacional, cuando expida el régimen jurídico que prevé el artículo 365 constitucional para cada servicio, como las Asambleas y Concejos en ejercicio de sus facultades constitucionales deben dejar reflejada esta situación, sin desconocer que también existen competencias reservadas exclusivamente al Estado⁶⁴⁹ y que este es el depositario de la responsabilidad de materializar los servicios públicos en cuanto fenómenos inherentes a la función social del Estado⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Ídem. “La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de los cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación.”

⁶⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-599 de 1999. “La regulación de los servicios públicos es tarea propia del legislador tal como lo ordenan los artículos 150-23 y 365 de la Constitución, en cuyos textos se lee: ‘Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ... «Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos»; «... Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios...» (resalta la Corte). A nivel territorial les compete a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales reglamentar en sus respectivos territorios la prestación de tales servicios. (arts. 298, 300-1, 311 y 313-1 CN). Así las cosas, existe en este campo una competencia concurrente; por una parte a la ley ‘le compete establecer por vía general el régimen jurídico de los servicios públicos, esto es, expedir el estatuto básico que defina sus pautas y parámetros generales y que regule los demás aspectos estructurales de los mismos (arts. 150-23 y 365 CN)’. Y a los departamentos y municipios ‘desarrollar por la vía del reglamento la preceptiva legal y adecuarla a las particulares peculiaridades propias de su ámbito territorial’. En otros términos, corresponde a las autoridades de esos niveles ejercer la potestad reglamentaria para dar concreción y especificidad a la normación legal de modo que con sujeción a sus parámetros, dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos según las características de las necesidades locales [...]” [sic]

⁶⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540 de 1992. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al sostener que “Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la

Así mismo obsérvese, en esta misma dirección, que el artículo 366 de la Carta, le atribuye responsabilidades directas al Estado en la prestación de ciertos servicios y responsabilidades sociales. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

El artículo 367 constitucional se refiere específicamente a los servicios públicos domiciliarios como una modalidad del concepto genérico de servicios públicos⁶⁵¹, asignándole especiales atribuciones al legislador para que fije las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Es decir, en esta materia, el constituyente tampoco deja al libre juego de las reglas del

efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público, sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público, el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma, se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población”.

⁶⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 de 1992. “[...] Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados ‘domiciliarios’, que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de un criterio finalista: a) El servicio público domiciliario –de conformidad con el artículo 365 de la Constitución–, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) El servicio público domiciliario tiene un ‘punto terminal’ que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario ‘la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa’. c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna [...]”.

mercado la determinación de las bases sustentadoras de los domiciliarios, en razón de la importancia y trascendencia para la vida comunitaria.

Determina así mismo esta suprema disposición la competencia para garantizar el llamado servicio público universal en cabeza de los municipios. Señala que los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

Esto último interpretado a la luz de la concepción económica significa que no es responsabilidad permanente de los municipios la prestación de los servicios sino excepcional, cuando se den las circunstancias que lo permitan. Con fundamento en esta disposición, se sustentó el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 que estableció los eventos en que los municipios pueden asumir la prestación de los servicios públicos.

Otro de los aspectos que resalta el constituyente en esta disposición es el relativo a los costos o tarifas por los servicios domiciliarios que se presten a los usuarios o consumidores de los servicios públicos. En este aspecto, la Constitución colombiana se aparta considerablemente de las exposiciones doctrinarias neoliberales, en el sentido de que los precios por los servicios esenciales deben surgir de la libertad de contratación, es decir, del libre juego del mercado. La Constitución adopta una posición intervencionista, según la cual es el legislador el que debe determinar las bases para la estructuración de un régimen tarifario, en donde necesariamente se debe retribuir por el consumo real y efectivo realizado por cada sujeto.

La Corte Constitucional así lo ha entendido cuando relaciona los postulados del artículo 367 de la Carta sobre tarifas con el 95 num. 9 de la misma, que establece como deber y obligación de todo colombiano “[...] *Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad* [...]”. Es decir que cualquier política en materia tarifaría

paternalista, irreal o irrazonable frente al costo de un servicio o las condiciones económicas y sociales de los usuarios, podría eventualmente ser inconstitucional. La gran labor del legislador es ponderar estos elementos sobre la base de que le ha sido encomendada una importante y trascendente competencia discrecional que debe ser ejercida de manera adecuada y proporcional a la realidad económica del servicio, pero también a las condiciones de la población⁶⁵².

La política estatal en materia de tarifas establecida en la Constitución Política se complementa en su aspecto social con las regulaciones incorporadas en artículo 368 de la Carta, que autoriza con cargo a los presupuestos públicos, el otorgamiento de subsidios para las clases más desprotegidas de la población⁶⁵³. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las

⁶⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-580 de 1992. “[...] El tema de los servicios públicos comprende una de las materias de mayor sensibilidad en la opinión colectiva, sobre todo después del abandono del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado social de derecho. Hoy en día esa gratuidad ha sido abandonada quedando supérstite en pocos servicios como la Justicia (artículo 229 CN), o la Educación (artículo 67 CN), o la Salud (artículos 49 y 50 CN), de manera más o menos parcial. Actualmente, los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (numeral 9o. artículo 95, y artículo 368 ibídem). La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo en un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social y equidad que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos. La Constitución Política de 1991, se ocupa de la cuestión de manera expresa, en varios de sus preceptos, para deferir a la ley el señalamiento de las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá especialmente en cuenta: 1o. Criterios de Costos; 2o. La Solidaridad Social; y 3o. El Principio de Justicia Social Distributiva que la ciencia económica denomina de la ‘redistribución de ingresos’ [...]”. [sic]

⁶⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086 de 1998. “[...] La prestación y cobertura de los servicios públicos, en general, y, en especial, de los domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible), está supeditada no sólo a la capacidad financiera, técnica y administrativa de las respectivas empresas, sino a la demanda y capacidad de pago de los usuarios. Las fórmulas para fijar las tarifas de estos servicios están determinadas no sólo por el consumo correspondiente, sino por los costos y los gastos propios de la operación (expansión, reposición de equipos, mantenimiento), aumentos de productividad, etc. Naturalmente que, en la fijación de los costos deberá actuarse racionalmente, evitando todo exceso que perjudique al usuario [...]. La suma de todos los factores señalados, permite determinar el precio que se debe sufragar por el suministro de estos servicios, costo que no todos los usuarios, dada su capacidad de pago, pueden soportar, razón por la que se han creado subsidios que permiten a

entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

El contenido de esta disposición recoge sin dudas, lejos del pensamiento neoliberal, una filosofía de clara tendencia redistributiva dentro del Estado social de derecho. El objetivo indiscutible de esta disposición es la de llegar con una mayor proporción de servicios públicos a los estratos pobres de la sociedad, no de manera coyuntural o esporádica, sino como parte de toda una política permanente de Estado tendiente a mejorar y elevar las condiciones de vida de los estratos más pobres de los diferentes municipios del país.

La Corte Constitucional al ocuparse del alcance de esta disposición superior señala que en la misma se recogen dos de los pilares sustentadores de nuestro Estado constitucional como lo son el democrático y el social de derecho. Recuerda la corporación estudiando dogmáticamente en la norma que es precisamente al legislador al que le corresponde fijar la política y criterios para la redistribución del ingreso en materia de subsidios tarifarios.

La norma contiene la clara e indiscutible dirección de promover la igualdad material entre la población usuaria de servicios, para que usen y disfruten de los mismos sin limitación, en razón de su condición social o económica. Lo anterior sin duda responde a la idea central del Estado social de derecho y no de la concepción ideológica del neoliberalismo.

La política de subsidios, a la que se refiere el artículo 368 de la CP, es uno de los medios a disposición del Estado social de derecho al cual puede éste recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados. En estricto sentido, nos encontramos ante un sistema de discriminación positiva, que tiene el claro propósito de beneficiar a las personas

la población de escasos recursos tener acceso a éstos, pues de una real y eficiente cobertura depende que se dé cumplimiento a uno de los fines del Estado social de derecho [...]"

de menores recursos y que cobija el pago subsidiado de las tarifas de servicios públicos de sus consumos básicos⁶⁵⁴.

Otros de los aspectos a los cuales el constituyente consideró necesario sustraer de las leyes del mercado y de su definición a través de las fuerzas de la competencia fueron los relativos a los usuarios y el papel de los municipios en la dirección de los servicios públicos domiciliarios. Frente a estos temas, la alternativa constitucional es la de la definición de un régimen de intervención donde se deben fijar las reglas a las cuales deben sujetarse tanto usuarios como municipios.

Al respecto, señala el artículo 369 de la Constitución que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

Como puede observarse, la tensión entre las fuerzas ideológicas de los servicios públicos resulta relevante y latente al momento de cualquier aproximación al estudio de sus contenidos y sobre todo a propósito de la estructuración de un concepto único y verdadero, o por lo menos jurídicamente puro y autónomo de servicio público en el derecho colombiano.

Todo lo contrario, un recorrido conceptual de la institución nos coloca en la posición de tener que aceptar, como lo hemos indicado anteriormente, la irrefutable realidad de su configuración mixta, a partir de la conjugación de conceptos ideológicos manifiestamente contrarios, los cuales en aras de la satisfacción de las finalidades propios del Estado social de derecho, corresponde armonizar necesariamente.

⁶⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-566 de 1995.

De todas maneras las tensiones y dilemas doctrinarios también obtienen una respuesta de la Corte Constitucional, a partir de la identificación de las finalidades estatales y por lo tanto de los supremos propósitos que deben dominar a todos los operadores y autoridades vinculada al tema de los servicios públicos. Para esta corporación la concepción sobre los servicios públicos establecida en la Carta de 1991 es esencialmente finalística y, por lo tanto, su razón de ser está dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República.

En este sentido, se definieron las que en nuestra opinión constituyen las más claras bases del sistema de los servicios públicos en el derecho colombiano, resaltando a la persona como el destinatario natural y último de los servicios públicos, asumiendo una posición social, lo que nos permite sostener que la esencia de los mismos no ha sido modificada y continuamos sumidos en un régimen profundamente comprometido con los intereses de la comunidad, independientemente del régimen jurídico aplicable⁶⁵⁵.

Los anteriores planteamientos doctrinales se inspiran en las bases sustentadoras del Estado social y democrático de derecho, definidos por el constituyente de 1991. Para la Corte, nuestro sistema de principios y valores, esto es, la más amplia y consistente base sobre la cual se soporta la Carta Política de los Colombianos reconoce al individuo como el centro de toda la actuación del Estado y de los particulares. Prácticamente el hombre pasa a configurar un fin en sí mismo para quien asuma las responsabilidades en

⁶⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540 de 1992. “[...] La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca, sino la de ciudadano-servidores públicos. El contenido filosófico-político de la noción de servicios públicos trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado, cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros [...]”.

servicios públicos, con el propósito de defender su dignidad humana y su derecho a la realización personal dentro de una sociedad igualitaria⁶⁵⁶.

En fallo posterior precisó la Corporación, al hacer referencia al elemento finalístico de los servicios públicos y su proyección sobre la comunidad, recogiendo de esta manera la preceptiva constitucional anteriormente analizada que los servicios públicos son un fenómeno inherente indiscutiblemente a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente, es decir, por más que se quiera en derecho colombiano, el Estado siempre tendrá responsabilidades relacionadas con los mismos así no sea su operador o prestador directo⁶⁵⁷.

Estos planteamientos resultan a todas luces coherentes con los postulados del artículo 365 constitucional, en cuanto que de esta disposición se deduce sin mayores esfuerzos que los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado social de derecho colombiano, que buscan servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, de aquí entonces la persistencia doctrinal de entenderlos como indisolublemente ligados al concepto de interés general, base ideológica esta de la cual nuestros constituyentes no se desprendieron al redactar la Carta Fundamental del Estado en 1991⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Idem.

⁶⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263 de 1996.

⁶⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1010 de 2008. “Tal como se observa, la jurisprudencia constitucional establece una serie de elementos que le son propios al concepto de servicios públicos: (i) se trata de un conjunto de actividades a través de las cuales se busca satisfacer necesidades de interés general; (ii) el Estado tiene el deber de asegurar su prestación eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones para toda la sociedad y (iii) la obligación estatal puede ser satisfecha de forma directa o mediante el concurso de los particulares o de comunidades organizadas. Estos elementos se encuentran expresamente reconocidos en la Carta Política de 1991; en efecto, como ya se mencionó, en su artículo 365 la Constitución consagra que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que éste se encuentra obligado a asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, bien sea que asuma de manera directa o indirecta dicha tarea, o a través de comunidades organizadas o de los particulares. Debido a su importancia como mecanismo para asegurar las condiciones de vida digna de todos los habitantes del territorio nacional, su prestación se rige por los principios de eficiencia, regularidad, continuidad

En Colombia, independientemente de las discusiones sobre el papel de la iniciativa privada en la gestión y prestación de los servicios públicos, resulta de la mayor claridad que el Estado conserva poderes de dirección, control, regulación e inspección de trascendencia en defensa de los intereses de la comunidad⁶⁵⁹.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LOS SERVICIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LA LECTURA NEOLIBERAL. MATERIAS SUSTRÁIDAS DE ESTE ANÁLISIS

De conformidad con lo establecido en los artículos 365 inciso 2 y 150 numeral 23 de la Constitución Política, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, esto es, que el constituyente ha delegado en el legislador la facultad de establecer las reglas básicas sobre las cuales habrán de llevarse a cabo los servicios que se requieran para cumplir con las finalidades sociales del Estado y asegurar de esta manera su prestación eficiente y oportuna a todos los habitantes del territorio nacional.

Bajo estas consideraciones de la Carta Fundamental, debemos entender que el problema relativo a todos los aspectos del régimen jurídico de los servicios públicos es un privilegio de la ley⁶⁶⁰, en consecuencia, las autoridades públicas

e igualdad, a través de los cuales se busca lograr la satisfacción de las necesidades de interés general y la efectiva realización de los fines estatales. [...] Así, se trata de aquellos servicios que tienden a satisfacer las necesidades más esenciales de la población y que se reciben directamente en los hogares o lugares de trabajo de las personas. Por esa razón, constituyen instrumentos que permiten asegurar la realización de los fines del Estado social de derecho, al encontrar una relación inescindible entre éstos y la satisfacción de necesidades que comprometen de manera directa derechos de rango constitucional y la posibilidad de garantizar una existencia en condiciones dignas de todos los habitantes. [...] El mandato de artículo 365 Superior, armoniza con la facultad general que el artículo 334 del mismo ordenamiento le atribuye también al Estado, en el sentido de asignarle la dirección general de la economía, y la facultad de intervenir en los servicios públicos y privados, potestad que, además, constituye un mandato constitucional de intervención en esta materia, mediante el cual se busca asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, la preservación de un ambiente sano y el acceso efectivo de todas las personas a los bienes y servicios básicos, en particular, de los habitantes que perciban menores ingresos”.

⁶⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 de 1997. Doctrina reiterada entre otras en las sentencias C-242 de 1997, C-493 de 1997 y C-444 de 1998.

⁶⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-272 de 1998 y SU-1010 de 2008. “De acuerdo con dicha interpretación, esta Corporación ha sostenido que en materia de servicios públicos existe entonces un principio de reserva de ley, el cual obedece a la importancia que ellos revisten

administrativas, las autoridades reguladores, los operadores, y con mayor razón quienes presten a cualquier título los servicios públicos, tendrán siempre como referente objetivo de carácter imperativo el marco jurídico que el legislador hubiere diseñado para cada uno de los servicios públicos posibles en el territorio nacional⁶⁶¹.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador ha establecido diversos regímenes jurídicos para los diferentes servicios públicos que requieren los ciudadanos colombianos. Es decir, para el cabal cumplimiento de los propósitos del artículo 365 constitucional, se ha entendido que la complejidad de los servicios públicos no puede abordarse a partir de un régimen jurídico único sobre los mismos, sino que por el contrario, se hace en la práctica imprescindible establecer diversos sistemas normativos que comprendan integralmente cada uno de los servicios públicos.

Así las cosas, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, se observa que el legislador ha expedido normas, por ejemplo, para la regulación de los servicios públicos domiciliarios, para la regulación de los servicios de telecomunicación, de telefonía móvil celular, de educación, de servicio público de transporte, en fin, para una gran cantidad de actividades tendientes a lograr el bienestar de la comunidad de manera eficiente y oportuna. Lo característico por lo tanto de los desarrollos legales del artículo 365 constitucional, es la especialidad, es decir, la existencia de regímenes jurídicos de carácter legal, específicos para los diversos servicios públicos, lo que implica en

dentro de la forma de Estado social de derecho, en la medida en que constituyen instrumentos de amparo y protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas, y un mecanismo mediante el cual se procura concentrar la atención del Estado en la satisfacción de las necesidades básicas de toda la población. Dichas razones imponen, por tanto, que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pública, pluralista, abierto a la participación de todos los interesados y responsable ante los usuarios y suscriptores, propósito que se logra por la vía de atribuirle al Congreso la aludida función, pues es éste el órgano democrático por antonomasia”.

⁶⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-493 de 1997. “[...] Tratándose de los servicios públicos en general, el Constituyente defirió al legislador la determinación de su régimen jurídico, como surge del artículo 150-23 de la Constitución, conforme al cual corresponde al Congreso expedir leyes que rijan la prestación de los servicios públicos, y del artículo 365 que reitera esa reserva legal, dejando en claro la posibilidad de que su prestación puede ser asumida por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero manteniendo aquél, en todo caso, su regulación, control y vigilancia”.

consecuencia que cada régimen se convierte en norma preferente, obligatoria y de aplicación exclusiva para el correspondiente servicio público.

Así mismo, bajo cualquier consideración de especialidad, de todas maneras debe quedar en claro frente al artículo 365 constitucional, que los servicios públicos son inherentes en la finalidad social del Estado y por lo tanto, es deber de éste asegurar la prestación eficiente de los mismos para todos los habitantes del territorio nacional, conforme a las reglas y condiciones establecidas en la ley.

Ahora bien, si bien es cierto que al legislador le corresponde dictar el determinar el régimen jurídico de los servicios públicos, no es menos cierto, que a las autoridades locales, por mandato constitucional, les cabe un cierto margen de reglamentación, para adecuar los mismos a la realidad de las entidades territoriales, pero de todas maneras respetando los parámetros de la ley y de la reglamentación nacional. En este sentido, tanto el Congreso Nacional, cuando expida el régimen jurídico que prevé el artículo 365 constitucional para cada servicio, como las Asambleas y Concejos en ejercicio de sus facultades constitucionales deben dejar reflejada esta situación, sin desconocer que también existen competencias reservadas exclusivamente al Estado.⁶⁶²

II. EL MARCO JURÍDICO DE LA CONCESIÓN PÚBLICA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL

El marco jurídico de la figura concesional en el derecho colombiano está ligada de manera inevitable a la misma evolución de nuestro derecho administrativo que se remonta como lo hemos venido sosteniendo en diferentes trabajos sobre la materia a la época de la conquista española y se prolonga con profundas alteraciones conceptuales y doctrinales hasta nuestros días, largo periodo en el cual, la concesión pública transitó, dada su connotación de instrumento vital para el desarrollo nacional por los más disímiles caminos

⁶⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-599 de 1999, cit.

jurídicos, principalmente el de su carácter unilateral y gracioso, prácticamente de uso arbitrario por parte de los gobernantes de turno. En este sentido, se observan las siguientes etapas de la evolución de nuestro derecho administrativo que signan y marcan el contenido y naturaleza jurídica de la concesión administrativa entre nosotros.

1. LA CONCESIÓN EN LA FORMACIÓN DE NUESTRO DERECHO PÚBLICO. LA INFLUENCIA ESPAÑOLA Y LA LEGISLACIÓN DE INDIAS

Si bien es cierto que la conquista implicó la prolongación de las instituciones políticas y jurídicas castellanas a los territorios americanos, en una especie de continuación peninsular en todos sus aspectos, que desde el punto de vista del derecho significó la aplicación de los conjuntos normativos comunes y propios de Castilla con sus principios y conceptos rectores, desde la perspectiva del derecho público la dinámica de la problemática de los nuevos territorios significó realmente la creación de nuevas concepciones y la transformación casi permanente de las instituciones matrices. Los mandamientos reales se constituyeron en el derecho público vivo de la América española⁶⁶³.

Las viejas codificaciones castellanas, y en especial la nueva recopilación de 1680, se vieron verdaderamente desbordadas por la multitud de “cédulas reales u órdenes, pragmáticas, provisiones, autos, resoluciones y cartas referentes al derecho público” que se produjeron por las diversas autoridades con jurisdicción en las Indias o territorios americanos, lo que hizo que prácticamente se convirtiera en subsidiaria del verdadero derecho indiano, es decir, de todo el cúmulo de normas dictadas por España particularmente para

⁶⁶³ JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ. *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 9 a 12. Al momento de producirse el descubrimiento, sostiene este autor, existía en España “una unidad dinástica, pero no una unidad nacional”; a lo anterior debemos agregar que en la práctica la Conquista fue promovida directamente por ISABEL, reina de Castilla; de aquí que los territorios descubiertos, llamados entonces Indias Occidentales, pasaron a conformar políticamente la Corona de Castilla, y que en consecuencia el derecho aplicable a ellos fuera directa y exclusivamente el de este reino y no el de los otros que conformaban la unidad dinástica. Sobre este tema, precisamente en la Recopilación de las leyes de las Indias de 1680 (Ley II, tít. I, lib. II), se dispuso que se aplicaría dicho régimen legal conforme a la Capitulación de Toro, estableciendo un orden de aplicación que se iniciaba con las leyes del propio ordenamiento; a falta de éste, el fuero municipal vigente en la correspondiente ciudad, el fuero real de ALFONSO X, el fuero real y, por último, el Código de las Siete Partidas.

América. La fuente legislativa resultaba pues compleja y de difícil manejo. Algunos tratadistas americanos y peninsulares quisieron recogerlas en diversas codificaciones que facilitaran su manejo y eventualmente su aplicación⁶⁶⁴.

La prolongación institucional y jurídica de Castilla en América no correspondió a la mentalidad de una potencia colonialista sino a la concepción de la ampliación territorial del reino; de aquí que la equiparación normativa fuera total y el cuidado por su adecuación a las nuevas realidades una prioridad de la política del rey⁶⁶⁵. En consecuencia, se formó un congruente sistema de

⁶⁶⁴ RICARDO LEVENE. *Fuentes del derecho indiano*, AHDE, tomo I, 1924, pp. 66 a 74: “La legislación de Indias emana, pues, de fuentes diversas y heterogéneas, debiéndose agregar a este antecedente la circunstancia de su frondosa profusión. Para corroborar este aserto, baste decir que solo en la Recopilación de Indias de 1680, donde no aparecen las leyes derogadas o en contradicción con las nuevas, se insertan 6.377 leyes. Ambas dificultades aparecen como invencibles para poder realizar un estudio orgánico y completo de sus caracteres extrínsecos [...] La legislación dictada en América respondía de inmediato a las necesidades o reclamos para satisfacerlos; gradual y progresivamente fue solucionando las innumerables cuestiones jurídicas, políticas, económicas, que planteaba la nueva sociedad en formación y se extendía hasta las regiones donde alcanzaban los más atrevidos exploradores o penetraban los colonizadores para dominar nuevos pueblos [...] En buena parte la legislación dictada para las Indias era de derecho público, especialmente político, administrativo y penal, pues en materia de derecho privado se mandaba aplicar la legislación castellana subsidiariamente [...] La legislación de Indias comprende las reales cédulas u órdenes, pragmáticas, provisiones, autos, resoluciones, sentencias y cartas referentes al derecho público o privado, con lo que se ha querido expresar que en su elaboración y promulgación han intervenido órganos e instituciones distintas desde el rey al Consejo de Indias, al Ministerio de Indias, a los virreyes, audiencias, cabildos, consulados, intendencias, etc. Sin nombrar a la que deriva de concordatos y convenios internacionales [...] Real cédula es la provisión o despacho que expedía el consejo concediendo alguna gracia o mandando lo conveniente o dando providencia útil al público [...] La pragmática significa una resolución del rey impresa y publicada con importancia. Por lo común las pragmáticas comprendían leyes de carácter general [...] Auto es la sentencia judicial; provisiones, los despachos expedidos por las audiencias en nombre del rey extendiéndose con toda la autoridad real, pues se imprime con ellas el sello del rey. Carta abierta –que equivale a nuestras modernas circulares– es todo despacho concedido en términos generales, otorgando a alguien cierta gracia o merced, dirigiéndose a todos indefinidamente, para, en caso de que el interesado la proponga a alguno, se dé el debido cumplimiento”. ALFONSO GARCÍA GALLO. *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI - XVIII*, AHDE, tomo XLIV, 1974, p. 160: “La ley ocupa un lugar decisivo en la formación del derecho de la América española; desde el primer momento se ha trasplantado íntegramente a ésta el derecho de Castilla, pero muy pronto las peculiares circunstancias de aquélla exigen la adaptación de ésta, adaptación que llevan a cabo las leyes dictada por el rey. La necesidad de adaptación del derecho de Castilla la perciben y denuncian los españoles que han pasado al Nuevo Mundo, e incluso estos mismos sugieren las medidas que han de dictarse, y aun por su propia cuenta tratan de llevarlas a cabo. Pero quien manda, ordena y decide, y en última instancia impone su propio criterio, es el rey mediante la ley”.

⁶⁶⁵ GARCÍA GALLO. *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI - XVIII*, cit., pp. 158 y 159: “Desde el primero al último momento, los territorios americanos no se consideraron colonias –la expresión nunca se usa en los documentos oficiales ni en el habla vulgar, y solo en esta aparece a finales del siglo XVIII–, sino reinos o provincias en todo equiparadas a las de España; por consiguiente, con su misma condición, derecho y forma de gobierno”.

derecho público que subsistió intacto hasta mucho tiempo después de la Independencia e incluso, adaptado en las legislaciones nacionales de algunos países, ha llegado en muchos casos hasta nuestros días. El derecho indiano, el formado en las necesidades de América y la voluntad política del monarca español, es la base indiscutible a partir de la cual se forman los derechos nacionales hispanoamericanos. La reacción antiespañola producida por las guerras de independencia implicó el desinterés por su estudio; sin embargo sus principios y normas se prolongaron indubitadamente por fuera del reconocimiento que la política pudiera o no darles.

El viejo derecho español se perpetuó otorgando impulso a gran parte de la actividad cotidiana de la administración pública. Las normas sustanciales sobre minerales, policía, salubridad, procedimientos, continuaron intactas, constituyendo así la dinámica misma de la administración pública; incluso se observa que en la determinación de las competencias del ejecutivo algunas de las primeras constituciones provinciales hacían responsables a los presidentes y gobernadores del ejercicio de funciones que eventualmente reproducían los contenidos de la ciencia de la policía, que el gobierno español consideraba como consustanciales a su existencia, en especial durante los últimos años del siglo XVIII.

Esta realidad de la prolongación de régimen español le permitió al legislador colombiano en 1887, mediante el artículo 15 de la Ley 153, declarar de una vez por todas abolidas en el territorio colombiano las leyes españolas. De manera lacónica se indicaba en dicha disposición que “todas las leyes españolas están abolidas”. Abolición nominal, porque, como lo indicábamos, en lo sustancial muchas de esas leyes fueron incorporadas paulatinamente en codificaciones autóctonas. Algunas otras fueron recogidas definitivamente, como sucedió en materia civil con la entrada en vigencia del Código Civil de ANDRÉS BELLO.

Estos antecedentes nos permiten sostener que la experiencia administrativa española y los textos legales que la orientaban, en cuanto no entraron en conflicto con las constituciones políticas y las nuevas leyes de la república, tuvieron una prolongada vigencia en nuestra vida republicana. Formalmente

hasta 1887, lo que nos permite una segunda conclusión: la influencia española en nuestras costumbres administrativas y en la legalidad de las actuaciones públicas no se rompió el 20 de julio de 1810, sino que continuó latente e incluso predominante frente a otro tipo de influencia como la estadounidense y francesa. Nuestros juristas y administradores del siglo XIX se formaron inicialmente dentro del contexto español; luego, en un lento proceso, recibieron las influencias de otros países libres a medida que estos producían sus textos legales. En materia de organización, por ejemplo, es innegable la influencia norteamericana a partir de la Constitución de 1853; y la francesa, en especial, con la gran reforma centralista de la Constitución Política de 1886.

Bajo la vigencia del viejo derecho español y del indiano propiamente se dieron importantes formas de lo que podríamos ahora con otra visión considerar como concesiones administrativas valga recordar la figura la encomienda profundamente utilizada en nuestro medio como mecanismo de penetración del rey en el territorio americano⁶⁶⁶.

2. LA CARACTERIZACIÓN DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE LA INDEPENDENCIA HASTA NUESTROS DÍAS

A partir de los sucesos independentistas que llevaron al traste con el gobierno peninsular en América el régimen jurídico nacional de los contratos públicos, en especial de la concesión administrativa ha pasado por casi todas las posturas ideológicas las cuales podemos sintetizar en los siguientes términos:

⁶⁶⁶ OTS CAPDEQUÍ. *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968, pp. 206 y ss. “[...] Por la encomienda, un grupo de familias de indios, mayor o menor según los casos, con sus propios caciques, quedaba sometido a la autoridad de un español encomendero. Se obligaba este jurídicamente a proteger a los indios que así le habían sido encomendados ya cuidar de su instrucción religiosa con los auxilios del cura doctrinero. Adquiría el derecho de beneficiarse con los servicios personales de los indios para las distintas necesidades del trabajo y de exigir de los mismos el pago de diversas prestaciones económicas. Con el rey contraía el compromiso todo español encomendero de prestar el servicio militar a caballo cuando para ello fuese requerido [...]”.

2.1. Las concesiones administrativas unilaterales para el fomento y el desarrollo de los territorios nacionales en los primeros años de la vida institucional

A partir de la independencia y como producto de las políticas estatales de estímulo al desarrollo nacional sobre la base de la generación de incentivos a la iniciativa privada, los textos constitucionales de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1886 incorporaron una serie de disposiciones mediante las cuales propiciaron que sectores de la sociedad civil se vincularan a través de muy interesantes formas concesionales al desarrollo de proyectos de gran envergadura y alta ingeniería principalmente en infraestructura pública. Situación esta que ha quedado documentada en la primera parte del presente capítulo al referirnos antecedentes constitucionales del servicio público y de los desarrollos normativos de la figura concesional⁶⁶⁷, en donde se destacan precisamente los contenidos normativos de las diferentes constituciones nacionales y la multiplicidad de negocios que con fundamentos en cada una de ellas se celebraron para el desarrollo de la infraestructura nacional, la mayoría a partir del entendimiento de la concesión como un instrumento esencialmente unilateral de la administración y además absolutamente leoninos en cuanto las condiciones auto impuestas por el Estado en favor de los concesionarios, bajo el supuesto de fortalecimiento y apalancamiento económico para que los concesionarios cumplieran con los cometidos previstos en las concesiones correspondientes⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ PIMIENTO ECHEVERRI. *Documentos para la historia del derecho administrativo en Colombia*, cit. Véase notas de pie de página 574 a 577.

⁶⁶⁸ DANIEL CASTAÑO PARRA. *La concesión: pasado y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional y de hoy* (inédito) (próxima publicación por la Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Administrativo, Bogotá, 2010). “[...] Sobre este aspecto debe advertirse que, aun cuando cada ley o decreto regulaba de forma autónoma su propio mecanismo, todos tenían un común denominador: la ausencia absoluta de los principios de planeación, economía, transparencia, publicidad, eficiencia y adjudicación compulsoria como rectores de la actividad precontractual del Estado. Lo anterior se traducía, ineludiblemente, en la ausencia de un pliego de condiciones o sus equivalentes como ley del contrato donde la Administración señalara de forma unilateral las condiciones y requisitos que debía cumplir las propuestas presentadas por los interesados. Incluso, como ya lo expusimos, procesos de selección como el regulado por el decreto del 22 de abril de 1847 le daba a la iniciativa privada un papel protagónico caracterizado por su amplia libertad en aspectos altamente sensibles, pues era el interesado quien elaboraba a su arbitrio los diseños y especificaciones técnicas de la obra, así como la propia proyección financiera de la concesión. Lo anterior también queda en evidencia con la facultad que le otorgó el Estado a los

Es característico de este periodo la consolidación del derecho privado como el régimen por regla general aplicable a los contratos del Estado, salvo en aquellos asuntos especiales en los cuales se hubieren expedido normas particulares como las que hemos referidas anteriormente, caso en los cuales el derecho aplicable lo era precisamente la ley especial o el contrato, o el acto propiamente concesional⁶⁶⁹. De todas maneras el contrato del Estado, por

cocontratantes encargados de la construcción del camino de hierro destinado a unir los dos océanos por medio del istmo de Panamá, toda vez que éstos gozaron de plena libertad para diseñar la ruta del ferrocarril y la localización de todas sus obras y dependencias conexas. Con el devenir, aparecieron progresiva y tímidamente normas positivas que le ordenaban a la Administración la elaboración de un documento que fungía como pliego de condiciones o sus equivalentes y cuya confección sujetarse a una serie de requisitos y condiciones mínimas que debía contener dicho documento como la ley del contrato. Ello se tradujo, a su vez, en sustraer de la iniciativa privada y trasladar a la Administración la debida planeación del contrato orientada, por tanto, por el interés general. De una lectura transversal de los principales modelos concesionales utilizando como criterio de análisis la manera en que se estipulaban los derechos y las obligaciones a cargo del concesionario, se colige un rasgo común: la abrupta desproporción entre los excesivos privilegios que el Estado le otorgaba al concesionario a título de “auxilio”, lo cual en la práctica terminaba por hacer nugatorio el riesgo y ventura, como elemento esencial de la concesión, que éste debía asumir en la construcción y posterior operación de la obra pública. En efecto, las subvenciones directas hechas en especie por el Estado a los concesionarios, como por ejemplo la concesión y donación a perpetuidad de tierras baldías y la concesión de recursos renovables y no renovables como los yacimientos de petróleo en ciertos casos, aunadas a los exorbitantes periodos de privilegios (25, 45 y hasta 99 años) para el cobro de los derechos causados por el uso de los servicios públicos concesionados y las obras públicas construidas para su prestación, denota con absoluta claridad la perversión del sistema financiero retributivo sobre el cual se erige el modelo concesional. Por ello es por lo que nos atrevemos a sostener que en esa primera época la concesión se convirtió, lastimosamente, en el modelo predilecto para encubrir la irracional repartición de los recursos públicos a los particulares [...]”.

⁶⁶⁹ PIMIENTO ECHEVERRI. *Documentos para la historia del derecho administrativo en Colombia*, cit. El profesor PIMIENTO reporta en la investigación sobre esta materia que prácticamente desde 1845 se encuentran disposiciones especiales relativas a contratos públicos y concesiones en infraestructura en el derecho nacional, entre las cuales tenemos las siguientes hasta 1886: ley del 7 de mayo de 1843 sobre caminos nacionales, obras públicas, peajes y enajenaciones; decreto del 16 de junio de 1843 sobre financiación de caminos nacionales; ley del 9 de junio de 1846 sobre financiación de caminos nacionales; decreto del 21 de abril de 1847 que dicta normas para la construcción de carreteras; decreto del 8 de junio de 1847 relativo a la construcción del canal de Panamá y su reversión; decreto del 18 de agosto de 1847 sobre límites a la concesión de baldíos; decreto del 22 de diciembre de 1847 sobre financiación de caminos; decreto del 4 de junio de 1850 sobre el canal de Panamá; ley del 1 de junio de 1850 sobre caminos; decreto del 18 de enero de 1851 sobre la enajenación de las murallas de Panamá; decreto del 14 de mayo de 1851 sobre concesiones a la compañía del ferrocarril de Panamá; ley del 27 de mayo de 1851 sobre concesiones a los servidores de la patria; ley del 9 de junio de 1852 sobre venta y permuta de bienes, compra, construcción de otros por el servicio público, venta de murallas, castillos, fortalezas cuya conservación no sea necesaria para el servicio público; decreto del 13 de mayo de 1858 sobre venta de edificios nacionales; decreto del 8 de junio de 1862 sobre venta inmediata de bienes desamortizados; decreto del 23 de junio de 1862 sobre procedimiento para el remate de bienes nacionales; Ley 29 de 14 de mayo de 1864 autoriza la venta de fincas de la nación; Ley 31 de 14 de mayo de 1864 autoriza la venta en pública subasta de edificios nacionales; decreto del 15 de junio de 1864 que determina la formalidades para la venta de bienes públicos; Ley 4.^a de 1865 que

aquella época no se diferenciaba sustancialmente del contrato civil y su régimen jurídico lo fue la legislación civil que comenzó a ser expedida, tanto por los viejos Estados soberanos como por el Estado nacional propiamente dicho⁶⁷⁰.

extiende unas concesiones a poblaciones asentadas en terrenos nacionales; Ley 21 de 16 de abril de 1869 sobre venta de vertientes saladas nacionales; Ley 95 del 7 de junio de 1870 sobre concesiones para ocupar un territorio nacional; Ley 69 del 5 de junio de 1871 sobre fomento para la construcción de vías; Ley 85 del 10 de junio de 1871 sobre venta de vertientes saladas; Ley 51 de del 29 de mayo de 1875 sobre arrendamiento de unas minas; Ley 5 de del 15 de marzo de 1876 concede privilegios exclusivos para la construcción de un muelle; Ley 23 de 1886 orgánica del Consejo de Estado asigna función de revisión de contratos públicos.

⁶⁷⁰ FERNANDO MAYORGA. *Codificación de la legislación en Colombia. Procesos de unificación del sistema jurídico*, Bogotá, Biblioteca Virtual del Banco de la República, 2005. “[...] Respecto del proceso de codificación civil colombiano, debemos señalar que, vigente la Constitución de 1853, con la creación en 1855 del Estado de Panamá sometido a la soberanía de la Nueva Granada, se dio a éste plena libertad para organizar su legislación civil, penal, comercial, judicial, de policía y las milicias que juzgase indispensables. Las mismas facultades se dieron al Estado de Antioquia erigido en 1856 y al de Santander, el año siguiente. Por los días de la creación del Estado Federal de Antioquia, Manuel Ancízar, quien había estrechado una gran amistad con Andrés Bello durante su estancia como diplomático en Santiago, se dirigió a éste para solicitarle que le remitiera el Código Civil que había elaborado para Chile pues, dado que los estados que se estaban conformando en Colombia tenían la atribución de dictar la legislación civil y penal que creyesen conveniente, era su propósito aprovecharse del ‘saber de otros países y de preferir, a cualesquiera otras, las doctrinas legales profesadas en nuestra Sur América’ como paso fundamental hacia ‘la apetecida unidad social’ del continente. Para marzo de 1857 Ancízar tenía en su poder cuatro ejemplares del código civil chileno y había conseguido la orden de la Cámara de Representantes para que hiciera una edición nacional de la obra a fin de distribuirla a los tres estados creados. Durante ese año se erigieron cinco estados más (Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena) dotados de la misma potestad para expedir su propia legislación en todos aquellos asuntos en los que no dependieran de la Nueva Granada. En Cundinamarca, los proyectos de diez códigos, incluyendo el código civil a cargo de Miguel Chiari, fueron presentados y aprobados por la Asamblea Constituyente en sus sesiones de 1858. El Código Civil, basado en el chileno con ligeras modificaciones, entró en vigencia el 1° de enero de 1860. El 1° de julio del mismo año entró en vigor el Código Civil de Santander que, con algunas reformas de clara estirpe radical, se elaboró, como el anterior, sobre la base del chileno de Bello. Pocos días después, Tomás Cipriano de Mosquera lo adoptó también para el Estado del Cauca, y más adelante hicieron lo propio los estados de Panamá y de Bolívar. Durante la vigencia de la Constitución de 1863 el proceso codificador continuó. En 1863, 1864 y 1866 respectivamente, los estados de Boyacá, de Antioquia y del Magdalena adoptaron, con algunas modificaciones, el Código Civil de Cundinamarca. Cupo a Agustín Núñez redactar el Código Civil para los territorios a cargo del gobierno de la Unión, para lo cual tomó como modelo el vigente en el Estado Soberano de Santander desde 1860, al cual introdujo algunas modificaciones de importancia. Tras su aprobación por ley 84 de 1873, comenzó a regir en los territorios de la jurisdicción de la Unión el 1° de enero de 1876. A mediados de abril de 1887–vigente ya la Constitución de 1886–, se expidió una ley sobre ‘adopción de códigos y unificación de la legislación nacional’ que implantó, para todo el ámbito de la República, el Código Civil sancionado en 1873 que, con el tiempo, fue adicionado y reformado por numerosos preceptos. La abundante legislación complementaria y la necesidad de corregir algunos defectos del Código Civil, llevaron a importantes tratadistas a solicitar su revisión. De todas formas, y pese a varios proyectos presentados al respecto, el Código Civil adoptado para la República en 1887 es el que actualmente rige, superando en longevidad a la propia Constitución del 86 [...]”.

2.2. La posterior evolución de la figura concesional durante el régimen individualista de la constitución Política de 1886 hasta 1964.

Durante este periodo lo característico fue el predominio inicialmente y durante muchos años el contrato del estado se rigió, por regla general por las normas y principios del derecho privado, mediante la aplicación de la normatividad propia de los contratos entre particulares regulada en el libro cuarto del código civil, aunque la doctrina comenzó a aceptar y de hecho se dieron algunas formas incipientes de contrato de derecho administrativo, aunque sobre ellos no se consolidó verdaderamente una doctrina nacional. Esta etapa que se agota prácticamente con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964.

Durante este periodo, los contratos del Estado o administrativos comenzaron a revestir dos formas: la de los contratos civiles y los propiamente administrativos y además, pero como un desarrollo del acto administrativo, la doctrina recogía la figura de la concesión:

Los contratos civiles se referían principalmente a suministros se caracterizaban por no estar sujetos a la licitación pública o subasta ni a la formulación de pliegos de condiciones o de cargos como entonces se denominaba este importante documento de la contratación pública⁶⁷¹, es decir, estaban sujetos a decisiones altamente discrecionales para la selección del contratista y en relación con ellos era poca o nula la imperatividad de una debida y oportuna planeación.

Esta forma civil del contrato conllevaba otra consecuencia para el Estado, el de su sometimiento a las leyes civiles que gobiernan las relaciones entre los particulares, en este sentido, el contrato del Estado debía reunir la plenitud de las formas y requisitos de los contratos entre particulares y su objeto necesariamente versar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1521 del código civil, sobre cosas que estuvieren en el comercio, so pena de incursionar por los ámbitos del objeto ilícito, sin embargo la doctrina aceptaba la extrema

⁶⁷¹ PAREJA. *Curso de derecho administrativo. Teórico y práctico*, cit., p. 159.

posibilidad, de que de alguna manera, también tuvieran como motivación el servicio público, como por ejemplo “[...] *el contrato mediante el cual el estado arrienda a un particular un potrero de éste para que pasten allí los caballos del ejercito [...]*”⁶⁷².

Reiteraba la doctrina de la época que estos negocios configuraban verdaderos contratos en todo el sentido de la palabra, esto es se consideraban convenios bilaterales de carácter irrevocable obviamente, en cuanto se apartaban bajo estas consideraciones de los contratos propiamente dicho de derecho administrativo en cuanto no correspondían a razones de servicios público para su conformación⁶⁷³. El Estado bajo esta vestimenta renunciaba a sus prerrogativas unilaterales. En la realidad de las cosas, sostiene Pareja, “[...] *los contratos citados son genéricamente administrativos, porque son actos de la administración, pero específicamente son civiles [...]*”⁶⁷⁴.

Por su parte se consideraban en la doctrina nacional como contratos de derecho administrativo aquellos cuyo objeto no versaba directamente sobre asunto de comercio, sino de razones y criterios inherentes al servicio público, en relación con ellos no operaba plenamente el carácter su carácter bilateral y la fuerza vinculante propia de la relación privatista de estirpe individualista que llama a la imposibilidad de modificación, alteración o extinción unilateral del mismo, sino, por el contrario, se le entendía por esencia revocable, esto en cuanto se le reconocía al Estado un derecho natural en tal sentido⁶⁷⁵. En estos contratos el estado actuaba como un organismo de derecho público, inspirado en el interés colectivo y encaminado a la prestación de claros servicios públicos.

Las concesiones administrativas bajo este escenario guardaban serias particularidades: como influjo de las tendencias advertidas en relación con su utilización en los años anteriores, se las consideró siempre un instrumento de carácter unilateral por parte de la administración. Realmente no se les tenía

⁶⁷² *Ibíd.*, p. 169.

⁶⁷³ *Ibíd.*, p. 159.

⁶⁷⁴ *Ibíd.*, p. 169.

⁶⁷⁵ *Ibíd.*, p. 160.

como actos bilaterales, sino, como simples instrumentos unilaterales de la administración por medio de las cuales se les cedía el dominio a los particulares de ciertos bienes de dominio público para fines de interés colectivo y con un criterio marcado de servicios público⁶⁷⁶.

Las concesiones administrativas o de servicios públicos, como también se las conocía, en la realidad de las cosas se las confundía a menudo con los contratos propiamente derivados de las formas civiles. Pareja destaca que en relación con estos e incluso con los propiamente administrativos. La concesión es una figura autónoma y por lo tanto diferente: mientras en la concesión el concesionario adquiere un verdadero derecho real de propiedad sobre las cosas que son objeto de la concesión, en los contratos, sean estos civiles o administrativos, no se pueden adquirir derechos de ninguna clase⁶⁷⁷.

En líneas generales, la visión del contrato y de la concesión propiamente dicha distaba profundamente incluso de las mismas construcciones doctrinales que supuestamente inspiraban a la doctrina nacional de la época como lo era la francesa de Duguit y Jéze. La diferencia entre contrato administrativo y concesión es totalmente anormal.

Adicional a lo anterior se debe destacar que desde la perspectiva normativa, durante este periodo se retoman por el legislador para el contrato del estado algunos principios y reglas de las legislaciones foráneas, principalmente de los trabajos francés y español, retomándose procedimientos y principios como los

⁶⁷⁶ *Ibíd.*, p. 161. Profundamente influenciado por la escuela de los servicios públicos, PAREJA reclama, por esta época, sujetar el contrato del Estado a la concepción bipartita de contratos administrativos y de derecho privado de la Administración, con base en la idea de que el Estado, por principio, debe preservar el interés general que involucra todo servicio público. Señala PAREJA que, por aquella época, la influencia extraordinaria de los estudios de derecho romano y derecho civil en nuestras facultades hacía que nuestros juristas, estadistas y presidentes se formaran en la creencia errónea de que el Estado, “al disponer por concesión de sus petróleos, de sus minas, de sus tierras, etc., lo hace como persona privada, sujeto únicamente a las reglas del Código Civil, y allí se ha originado la disposición que asigna a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los litigios provenientes de contratos que celebra el Estado [...]. No se ha formado en Colombia, como ya observamos, una teoría de los actos administrativos, y menos un criterio uniforme y seguro sobre esa clase especial de actos de la Administración Pública que se conocen con el nombre de concesiones y contratos administrativos [...]”.

⁶⁷⁷ *Ibíd.*, p. 170.

de la unilateralidad para el debido ejercicio de las potestades contractuales públicas⁶⁷⁸.

2.3. La consolidación de la figura concesional a partir de la incorporación de la sustantivación del contrato estatal en el derecho nacional. La época de los grandes estatutos contractuales. De 1964 a nuestros días

Con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964, se pasa intempestivamente, sobre la base de una simple reforma judicial de competencias contenciosas, se pasa a un sistema en materia contractual profundamente influenciado por los trabajos de la sustantividad del contrato del Estado derivados del derecho administrativo francés haciendo profundas diferencias entre el contrato de derecho privado y el propiamente administrativo, a la vez que trasladaba sus litigios al juez contencioso administrativo, incorporando de esta manera a la jurisprudencia nacional en el más interesante galimatías de nuestra evolución institucional, de manera que toda la elaboración sustancial para su diferenciación se le traslada a la jurisdicción contencioso administrativa. Esto es, el juez administrativo, mediante el análisis y estudio del correspondiente contrato, determinaba si era competente para su juzgamiento en la medida en que se encontraran argumentos para sustentar su naturaleza de contrato administrativo; de lo contrario, la competencia le correspondía a la justicia ordinaria.

Para estos propósitos, el Consejo de Estado recogió la doctrina tradicional y desarrolló sus propios criterios: En las primeras providencias el Consejo adoptó posiciones eclécticas en las cuales admitió dos criterios como diferenciadores

⁶⁷⁸ PIMIENTO ECHEVERRI. *Documentos para la historia del derecho administrativo en Colombia*, cit. Véase en el mismo sentido, JULIÁN HERRERA CALDERÓN. "Contratos estatales en Colombia", en [www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/contraest.htm]. Destaca este autor la expedición de las leyes 163 de 1896 sobre comisión interinstitucional para la contratación; 4.^a de 1905, sobre cláusula penal pecuniaria en los contratos estatales; 53 de 1909, relativa a la cláusula de caducidad en los contratos estatales; 110 de 1912, Código Fiscal de la Nación, que introduce la figura de la licitación pública; 63 de 1921 y 106 de 1931, en relación con la caducidad y la cláusula penal pecuniaria; decretos 351 de 1955, Estatuto Nacional de Compras; 1050 de 1955, sobre empréstitos y operaciones de crédito; y 550 de 1960, que estableció el estatuto de los contratos interadministrativos sujetándolos al derecho civil;

de los contratos administrativos: el de las llamadas cláusulas exorbitantes y el del objeto inmediato del servicio público. Finalmente el Consejo ha sostenido que el contrato administrativo es el acto creador de obligaciones en el cual el ente estatal hace prevalecer su poder público, es decir, utiliza ventajas o privilegios que usualmente no se presentan en los contratos privados. Ese poder estatal está indicado por la inserción de las denominadas cláusulas o privilegios exorbitantes. De ahí que se diga que un contrato no es administrativo porque contenga cláusulas exorbitantes, sino que precisamente contiene esas cláusulas por el hecho de ser administrativo⁶⁷⁹.

Desde el punto de vista de los contratos de concesión se sigue por esta época careciendo de una norma general en la materia, nuestra legislación continuaba incursionando por los conceptos de la unilateralidad y de la especialidad de las concesiones, para determinados sectores, como el minero y el de petróleos, pero sin definir una teoría en torno a la concesión negocial, principalmente en materia de infraestructura. El asunto viene a ser abordado de manera paulatina por el legislador en los decretos 150 de 1976, 222 de 1983 y leyes 80 de 1993 y 105 de 1994, tal como se pasa a exponer:

2.3.1. El contrato de concesión bajo la égida del Decreto 150 de 1976

El Decreto 150 de 1976, aborda la figura de la concesión administrativa como una modalidad negocial del Estado de naturaleza administrativa, pero materialmente vinculado al concepto de contrato de obras públicas. Precisamente en el artículo 69 literal e se incorporaba a la concesión como una modalidad de pago para las obras públicas⁶⁸⁰, esto en cuanto que la explotación de la obra y en consecuencia su producido se esperaba que se imputase al valor de la misma adeudado al contratista, una especie de retorno en razón del valor de lo invertido para la ejecución del objeto de obra

⁶⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto del 5 de diciembre de 1975.

⁶⁸⁰ PEDRO JOSÉ BAUTISTA MÖLLER. *El contrato de obra pública. Arquetipo del contrato administrativo*, Bogotá, Canal Ramírez Antares (s. f.), pp. 65 y ss.

contratado^{681 682}.

Esta idea guardaba consistencia precisamente con la definición de contrato de concesión que se incorporó en el artículo 92 del Decreto 150 de 1973⁶⁸³ que entendía esta figura comercial como el contrato mediante el cual, una persona llamada concesionario, se obligaba, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el concesionario debía cobrar a los usuarios de la obra, materialmente el concepto de servicio no se vislumbraba en manera alguna, la relación directa de la concesión lo era con el contrato de obra, aunque, para su financiación debiese explotarse el bien a través básicamente de la prestación de servicios a la comunidad, lo cual resultaba realmente contradictorio, si lo que se quería era simplemente consolidar un mecanismo de pago como claramente lo establecía el artículo 69 literal e del citado decreto.

El marco jurídico de la concesión bajo la égida del Decreto 150 de 1973, obligaba a la administración a estructurar de manera previa los proyectos de obras públicas que calificara como objeto de concesión para efectos de su ejecución. De la lectura del artículo 22 del mencionado texto normativo se concluye que de manera previa a la apertura del proceso correspondiente – para el caso de la apertura del proceso licitatorio que era el marco procesal

⁶⁸¹ Decreto 150 de 1976. Artículo 68. “Del objeto de los contratos de obra. Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en tres grupos: 1o). Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, localización de obras, asesoría, coordinación o dirección técnica y programación; 2o). Para construcción, montaje e instalación, mejoras, adiciones, conservación y restauración; 3o). Para el ejercicio de la interventoría.

”Artículo 69. De las formas de pago en los contratos de obra. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran: a) Por un precio global o a precio alzado; b) Por precios unitarios, determinando el monto total de la inversión; c) Por el sistema de administración delegada; d) Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y e) Mediante el otorgamiento de concesiones.”

⁶⁸² Sobre el alcance y contenido del Decreto 150 de 1976 puede consultarse VIDAL PERDOMO. *El contrato de obras públicas. Comentarios al Decreto 150 de 1976*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.

⁶⁸³ Decreto 150 de 1976. Artículo 92. “De la definición del contrato de concesión. Mediante el contrato de concesión, una persona llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra.”

adecuado para la selección de contratistas concesionarios— la administración debía agotar una verdadera instancia planificadora del negocio en cuestión, determinando a través de la misma, aspectos vitales no solo para el futuro negocio, sino también, para efectos de la definición del contenido del pliego correspondiente en cuantos a las reglas de participación y de selección se trata⁶⁸⁴.

De manera concreta se indicaba en la disposición comentada que en el correspondiente pliego que debería contener absolutamente todo el componente técnico necesario para identificar en todos sus aspectos el proyecto correspondiente. La entidad interesada debía elaborar el pliego de condiciones, que, además de lo que se considerara necesario para identificar el proyecto, debía contener en forma expresa y completa, las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato proyectado; la cantidad y calidad de dichos bienes o servicios o de la obra; las calidades que se exijan a las personas que deseen licitar; las condiciones y forma de cumplimiento de la prestación por el contratista y las condiciones y forma de pago, entre otras, lo que denota la carga y el deber funcional que en esta materia le asistía a la administración para evitar el surgimiento de proyectos incompletos o mediocres.

Lo que resulta más importante de esta exigencia es el alto contenido discrecional que de la misma se desprende, al indicarle a la administración que

⁶⁸⁴ Decreto 150 de 1976. Artículo 22. “De cómo se realiza la licitación pública. La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1a). El jefe del organismo respectivo ordenará su apertura por medio de resolución motivada. 2a). La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones, que, además de lo que se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa: a) Las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato proyectado; b) La cantidad y calidad de dichos bienes o servicios o de la obra; c) Las calidades que se exijan a las personas que deseen licitar; d) El lugar, sitio, día y hora en que se abra y cierre la licitación; e) Las condiciones y forma de cumplimiento de la prestación por el contratista y las condiciones y forma de pago; f) Las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de seriedad de la misma; g) El término dentro del cual se hará la adjudicación una vez cerrada la licitación y el plazo para la firma del contrato una vez efectuada aquella, términos que deberán señalarse teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato; h) La minuta del contrato que se proyecta celebrar; i) El número mínimo de participantes que se exige para que la licitación no sea declarada desierta, y j) Los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación. [...]”

ella la que debe definir de manera concreta el proyecto correspondiente en todos sus aspectos, luego debe adoptar todas las decisiones técnicas, financieras, económicas y jurídicas que fueren del caso para asacar adelante el proyecto debidamente estructurado.

Resulta importante destacar una herencia evidente de los trabajos de León Duguit y de la escuela de los servicios públicos en general, que reposaba en los contenidos normativos del Decreto 150 de 1976 y era el relativo a la necesidad de determinar el régimen jurídico de orden público, diferente al contenido propiamente contractual, que habría de regir el contrato de concesión durante su ejecución. Al respecto en el artículo 94 del decreto en mención, al determinar lo que denominaba como estipulaciones obligatorias del contrato de concesión, se establecía en el No 2 de esta disposición que haría parte de las mismas, “[...] *el reglamento para la utilización de la obra forma parte integrante del contrato, pudiendo ser modificado por la entidad concedente cuando las necesidades o la protección de los usuarios así lo exijan [...]*”.

De esta forma por aquella época se incorporaba en el derecho nacional uno de los elementos sustanciales de la teoría del servicio público en cuanto a la concesión se refiere y es el de su doble conformación, la negocial propiamente dicha y la definidora y sistematizara del servicio involucrado en el negocio. Recordemos que bajo estos presupuestos fue asumida la institución por la escuela de Burdeos y sus predicadores, entendiendo que en ella confluyen un conjunto de actos jurídicos, en donde no solo se definen los contenidos propiamente obligacionales de la relación negocial, sino también otros, los más importantes, según Duguit, y por lo demás vinculados al concepto de interés general y de organización del servicio como son los contenidos regulatorios del servicio, propios del convenio-ley y encomendado al concesionario para su desarrollo⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Véase lo expuesto en el capítulo primero del presente trabajo en relación con los aportes de LEÓN DUGUIT y GASTÓN JÉZE a propósito del contrato de concesión de servicios públicos.

2.3.2. El contrato de concesión bajo la égida del Decreto 222 de 1983

El Decreto 222 de 1983 derogatorio del Decreto 150 de 1976 replantea las instituciones contractuales del Estado sujetándose en esencia a las líneas jurisprudenciales y doctrinales del derecho francés, reconociendo desde la perspectiva de las modalidades de contratación pública, las de contratos de derecho estrictamente administrativo y las de contratos de derecho privado de la administración. Pero que al contrario de los desarrollos y planteamientos que se venían implementando desde 1964 por la doctrina y la jurisprudencia nacional, en el sentido de estructurar una serie de criterios para darle entidad y contenido a cada uno de estos grupos de contratos, y con el propósito exclusivo de generar seguridad jurídica, se acudió al criterio normativo para resolver el problema, identificando en el artículo 16 de su codificación⁶⁸⁶ los contratos que se consideraban estrictamente de derecho administrativo, incorporando precisamente dentro de estos a los contratos de concesión de servicios públicos y los de obra pública, y determinando además que los no incluidos en la lista se considerarían contratos de derecho privado de la administración, salvo que se les hubiere incorporado la cláusula de caducidad. Los contratos de derecho administrativo estarían sujetos en sus conflictos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los de derecho privado sin cláusula de caducidad a la jurisdicción ordinaria⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Decreto 222 de 1983. Artículo 16. "De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico (Focine). 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales. Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad. Parágrafo. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia."

⁶⁸⁷ Decreto 222 de 1983. Artículo 17. "De la jurisdicción competente. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.

"Parágrafo. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

La definición del contrato de concesión de servicios públicos en el numeral 1) del artículo 16 en comento como estrictamente administrativo, no dejó de traer problemas para su interpretación y debida aplicación, dadas las inconsistencias sistemáticas del Decreto 222 de 1983 en la materia, en cuanto definitivamente incorporaba el mentado contrato como administrativo y en los desarrollos sobre concesiones en el articulado subsiguiente, hacía caso omiso de esta proclamación, y tan solo se ocupaba de desarrollar otro contrato de concesión, como lo era el de obra pública –art. 102 Decreto 222 de 1983⁶⁸⁸– , más o menos con los mismos lineamientos explicados a propósito del Decreto 150 de 1976, esto es, vinculando la concesión de obra pública como un mecanismo de pago de la obra correspondiente –art. 82 Decreto 222 de 1983⁶⁸⁹–, es decir determinando como contrato definitivamente principal para estos propósitos al de obra pública –art. 81 Decreto 222 de 1983⁶⁹⁰– y no al de concesión, y dejando por fuera definitivamente la demarcación conceptual y material de lo que debería entenderse por contrato de concesión de servicios públicos⁶⁹¹.

”Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa.”

⁶⁸⁸ Decreto 222 de 1983. Artículo 102. “De la definición del contrato de concesión de obra pública Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.”

⁶⁸⁹ Decreto 222 de 1983. Artículo 82. “De las formas de pago en los contratos de obra. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran: 1. Por un precio global. 2. Por precios unitarios, determinando el monto de la inversión. 3. Por el sistema de administración delegada. 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y 5. *Mediante el otorgamiento de concesiones.*”

⁶⁹⁰ Artículo 81. “Del objeto de los contratos de obras públicas. Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.”

⁶⁹¹ BAUTISTA MÖLLER. *El contrato de obra pública. Arquetipo del contrato administrativo*, cit., p. 65. El asunto fue resuelto por la doctrina nacional determinando que definitivamente para nuestro derecho el de concesión de servicios públicos tenía una vinculación directa con el de obras públicas, e incluso con el de concesión de obra pública, cuando la recuperación de la inversión implicaba administración del bien construido. “[...] En efecto, si se celebra un contrato para la realización de una obra por el sistema de concesión, es de la esencia del contrato permitir la administración de esa obra por el tiempo acordado, a fin de que el costo de ejecución se pague con las sumas que se recauden con la tasa de peaje, reuniéndose así las

En relación con la estructuración de la relación concesional el Decreto 222 de 1983 mantiene la línea normativa demarcada por el Decreto 150 de 1976 en relación con el doble composición de esta, retomando, como se explicó, indudablemente los trabajos de León Duguit y de la escuela de los servicios públicos en general. En el artículo 104 num. 2 del decreto en mención se obligaba a la administración a incorporar en los contratos respectivos el régimen del servicio público concesionado. Obviamente diferente al contenido propiamente obligacional y de cláusulas propias del negocio, esto es incorporando en la relación un régimen jurídico de orden público, diferente al contenido propiamente contractual⁶⁹². Se mantenía de esta manera en el derecho colombiano la vieja idea de Duguit de diferenciar entre las cláusulas del contrato de concesión propiamente dicho, y los elementos vinculados al concepto de interés general y de organización del servicio como son los contenidos regulatorios del servicio, propios del convenio-ley y encomendado al concesionario para su desarrollo⁶⁹³.

Por último, vale la pena resaltar, que durante la vigencia de esta legislación

dos formas que tiene la concesión: contrato de concesión de obra pública (construcción de la obra) y contrato de concesión de servicio público (administración de la obra a través de la cual los ciudadanos y sus productos o haberes, se transportan de un sitio a otro) [...]. El anterior planteamiento doctrinal guardaba relación con las regulaciones incorporadas en el mencionado decreto en torno a la recuperación de las inversiones del concesionario por la vía de peajes, lo que definitivamente consolidaba la idea de la vinculación irremediable en el derecho nacional entre las dos modalidades de concesiones. Decreto 222 de 1983. Artículo 105. "Concesión por el sistema de peaje. En los contratos de concesión que se celebren para conservación y mantenimiento de obras públicas sujetas a los derechos o tarifas denominadas peajes, pontazgos o similares se observarán, además de las previstas en el artículo anterior las siguientes reglas: 1. Los recaudos, se destinarán al pago de los gastos propios del objeto del contrato, de la administración del mismo y al reconocimiento de una utilidad al Contratista, cuya cuantía se convendrá en cada caso. El saldo, si lo hubiere, será invertido conforme a las normas presupuestales vigentes. 2. Se exigirá al contratista la Constitución de una garantía de manejo del producto de los derechos recaudados, no inferior al monto de lo que se calcule producirán los mismos durante un período de tres (3) meses, garantía que permanecerá vigente durante el término del contrato y seis (6) meses más. 3. El monto de los derechos o tarifas que se cobren será determinado por la entidad contratante, que podrá modificarlo cuando las circunstancias y la conveniencia lo hagan aconsejable."

⁶⁹² Decreto 222 de 1983. Artículo 104. "De las estipulaciones obligatorias. Además de las cláusulas previstas en la parte general del presente estatuto, en los contratos de obra pública por el sistema de concesión se estipulará: [...] 2. Que el reglamento, expedido por la entidad concedente, para la utilización de los bienes forma parte integrante del contrato, pudiendo ser modificado por ella cuando las necesidades o la protección de los usuarios así lo exijan. [...]"

⁶⁹³ Véase lo expuesto en el capítulo primero del presente trabajo en relación con los aportes de LEÓN DUGUIT y GASTÓN JÉZE a propósito del contrato de concesión de servicios públicos.

contractual, y al igual de lo advertido a propósito del Decreto 150 de 1976, ya se le exigía a la administración el agotamiento previo de un indudable proceso planificador del negocio correspondiente. El contrato debía ser el producto de decisiones técnicas previamente adoptadas y que le dieran al mismo la connotación de un todo definido y completo en aras de la atención de los problemas que se pretendían solucionar con su ejecución. Si bien cierto esta legislación no desarrollo un profundo capitulado al respecto, si se deduce esta exigencia imperativa de las disposiciones relativas a la estructuración de la licitación, cuando se le atribuye la carga a la administración de elaborar pliego de condiciones que, además de lo que se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato proyectado y la cantidad y calidad de dichos bienes o servicios o de la obra⁶⁹⁴.

2.3.3. El contrato de concesión bajo la égida de las leyes 80 de 1993, 105 de 1993 y 1150 de 2007

El Decreto 222 de 1983 es derogado por la Ley 80 de 1993. El Estado, al igual que los particulares, por regla general debía actuar en el tráfico jurídico ordinario en condiciones de igualdad; por lo tanto, resultaba inevitable abandonar las rígidas estructuras que sobre contratación estatal el Estado

⁶⁹⁴ Decreto 222 de 1983. Artículo 30. "De como se realiza la licitación pública. La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1. El Jefe del organismo respectivo ordenará su apertura por medio de resolución motivada; 2. La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones que, además de lo que se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa: C a. Las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato proyectado; b. La cantidad y calidad de dichos bienes o servicios o de la obra; c. Las calidades que se exijan a las personas que deseen licitar; d. El lugar, sitio, día y hora en que se abra y cierre la licitación; e. Las condiciones y forma de cumplimiento por el contratista y las modalidades y forma de pago; cuando el pago deba hacerse con recursos del crédito, deberá consignarse expresamente que éste se hará bajo condición del perfeccionamiento del empréstito correspondiente, o la exigencia al proponente de formular oferta de financiación; f. Las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de seriedad de la misma; g. El término dentro del cual se hará la adjudicación una vez cerrada la licitación y el plazo para la firma del contrato, una vez efectuada aquélla, los cuales deberán señalarse teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato; h. La minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley; i. El número mínimo de participantes hábiles exigido para que la licitación no sea declarada desierta, el cual no podrá ser inferior a dos; j. Los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación; k. La posibilidad de presentar alternativas; l. La posibilidad de presentar propuestas parciales; m. La posibilidad de efectuar adjudicaciones parciales; n. La posibilidad de presentar propuestas conjuntas."

intervencionista se habían montado a partir de los años sesenta, en pretendida sustantividad del contrato administrativo, y abrirle paso a un sistema mucho más coherente con los fenómenos de la economía y la globalización, frente a los cuales los entes públicos no podían estar ausentes, ni mucho menos excluidos; con todas las consecuencias que este planteamiento implicaba desde el punto de vista jurídico, en la medida que llamaba a modificar las estructuras sustentadas en los principios y dogmas de estricto derecho administrativo.

A este respecto, vale la pena destacar que, conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, se ha abandonado en el derecho nacional la histórica clasificación proveniente de las teorías francesas sobre la sustantividad del contrato del Estado, que sostenían la existencia de estrictos contratos de derecho administrativo y de contratos de derecho privado de la administración, clasificación que perduró en el ordenamiento jurídico colombiano y que caracterizó a los anteriores estatutos contractuales, principalmente al Decreto 222 de 1983.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se incorpora al derecho nacional un concepto único de contrato, como es el de contrato estatal, donde no se discute si hay contratos de derecho administrativo o de derecho privado de la administración sino que, por el contrario, se impone una sola modalidad de contrato, por regla general, que es el llamado “contrato estatal”, cuya característica fundamental es la de que en su celebración interviene de manera directa una entidad estatal por medio de sus representantes o se celebra con recursos públicos, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007.

Se trata de una regla general, porque hay hipótesis permitidas por el legislador, tal y como lo veremos a propósito del principio de la transparencia, donde los contratos en que interviene la entidad del Estado no son contratos estatales propiamente dichos, sino de derecho privado: es el caso concreto de las empresas oficiales de servicios públicos, las empresas sociales del Estado, las universidades públicas, y las demás entidades a que se refieren los artículos

14, 15 y 16 de la Ley 1150 de 2007, etc.

De otra parte, resulta así mismo claro que en derecho colombiano se rompió el criterio de la tipificación contractual estatal. Conforme a la estructura conceptual del Decreto 222 de 1983, el legislador se preocupó por entregar un listado taxativo de contratos de derecho administrativo, que podían celebrar las entidades públicas a la par de los llamados contratos de derecho privado de la administración. Esta estructura restrictiva en materia negocial del Estado desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en especial de su artículo 32 que señala como regla general que “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]”.

Con esta fórmula se permite que la administración acuda a cualquier tipo de contratos señalados en los diversos códigos, en particular civil o comercial, y si es del caso diseñe el tipo contractual que más se adecua a sus necesidades; de esta manera se abren las puertas a los denominados contratos atípicos o innominados, que se caracterizan por no tener unas normas específicas en la ley: de ahí que prácticamente su regulación depende de lo pactado entre la administración y el contratista.

Esta modalidad de contratos se sustenta ante todo en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, autorizado en el mismo artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Ahora bien, el ejercicio de la autonomía de la voluntad no implica arbitrariedad, ni la más remota posibilidad de que la administración desconozca el interés general en la elaboración de un contrato atípico o innominado. En esto la Ley 80 de 1993 es en extremo exigente, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º de su artículo 40: cuando la administración celebre contratos o acuerdos con base exclusiva en el principio de la voluntad deberá tener en cuenta que los mismos realmente se requieran para el cumplimiento de los fines estatales.

Por otra parte, en el mismo artículo 32 en comentario el legislador, en virtud de especiales consideraciones de política legislativa y de protección al interés general, se preocupó por definir y darle contenido a unos especiales tipos de contratos, como son los de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública, crédito público, los cuales, cuando se deban celebrar, para satisfacer las finalidades de la administración pública deben sujetarse a las especiales descripciones del legislador; además, se deben cumplir, en estricto sentido, los requisitos establecidos para su configuración; de no ser así podría configurarse otro tipo de contrato, de aquellos que permite la autonomía de la voluntad para la administración.

Ahora bien, en relación con el contrato propiamente de concesión, en el artículo 32 num. 4 de la Ley 80 de 1993⁶⁹⁵, complementado con lo dispuesto en el parágrafo 2 del mismo artículo⁶⁹⁶, se adopta un concepto mixto de contrato

⁶⁹⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 32 num. 4. "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."

⁶⁹⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 32, parágrafo 2. "Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta ley.

"Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

"Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

"Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar

que retoma las modalidades clásicas de concesión de obra pública y de concesión de servicios públicos, caracterizado por su carácter abierto y amplio que posibilita a partir de una debida estructuración la adopción por la administración de cualquier modalidad de concesión propiamente dicha y de asociación o colaboración pública privada para efectos del desarrollo de los proyectos en infraestructura que sean de la conveniencia pública, todo de acuerdo a las amplias facultades discrecionales estructuradoras que para estos efectos se le conceden a la administración pública en todos los niveles, con estricta sujeción a claros principios sustentadores de una profunda planeación del negocio y a reglas tendientes a que se reconduzca el contenido de los negocios correspondientes por los ámbitos del interés general.

Las regulaciones sobre el contrato de concesión de servicios públicos en el derecho nacional no se agotan en lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en materia de infraestructura es importante destacar lo dispuesto en los artículos 30 a 36 de la ley 105 de 1993⁶⁹⁷ que determina las bases normativas para el

parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

”Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal.”

⁶⁹⁷ Ley 105 de 1993. Artículo 30. “*Del contrato de concesión.* La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

”Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable. En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte. Parágrafo 1º.- Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado. Parágrafo 2º.- Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación. Parágrafo 3º.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo

desarrollo de la infraestructura para el transporte en el territorio nacional y que en sí mismas constituyen un conjunto normativo especial complementario de la normatividad general de la Ley 80 de 1993. Cierra este marco legal del contrato de concesión en el derecho colombiano, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007⁶⁹⁸ en relación con la prórroga de los mentados contratos, norma por lo demás absolutamente controvertible y nugatoria de principios básicos de nuestra estructura contractual pública. De manera concreta se pasa a explicar en la segunda parte de este trabajo el alcance de las anteriores disposiciones a la luz de las principios y reglas que se han dispuesto y analizado en los

estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

"Artículo 31. *Titularización y Crédito para concesionarios.* Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos manteniendo la responsabilidad contractual.

"Artículo 32. *Cláusulas unilaterales.* En los contratos de concesión, para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato.

"Artículo 33. *Garantías de ingreso.* Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

"Artículo 34. *Adquisición de predios.* En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública. "El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las Lonjas de Propiedad Raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

"Artículo 35. *Expropiación administrativa.* El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, los Departamentos a través del Gobernador y los Municipios a través de los Alcaldes, podrán decretar la expropiación administrativa con indemnización, para la adquisición de predios destinados a obras de infraestructura de transporte. Para el efecto deberán ceñirse a los requisitos señalados en las normas que regulen la materia.

"Artículo 36. *Liquidación del contrato.* En el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, quedará establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas."

⁶⁹⁸ Ley 1150 de 2007. Artículo 28. "De la prórroga o adición de concesiones de obra pública. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–. No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones."

capítulos antecedentes, con la idea fundamental de decantar una verdadera estructuración democrática y social de las concesiones de servicios públicos.

III. A MODO DE EPÍLOGO DE LA PRIMERA PARTE

1. LOS APORTES DEL MODELO SOCIAL A LA ESTRUCTURACIÓN DEL CONTRATO Y DE LA CONCESIÓN

El modelo de Estado social de derecho trasladado al ámbito del contrato estatal implica un cambio profundo y radical en la idea tradicional de los negocios del Estado; un abandono a la clásica concepción del contrato individualista y el surgimiento de un negocio público vinculado de manera directa con la solución a los problemas sociales, curtido bajo los prepuestos del interés público, en consecuencia generador de derechos e intereses colectivos. En este sentido, una aproximación al concepto de contrato estatal, no puede hacerse entonces, de manera exclusiva a partir de su identificación como una simple fuente de obligaciones entre las partes contratantes. El negocio del Estado, es un concepto teleológico dinamizador de las finalidades sociables del mismo en estrecha relación con los intereses de la comunidad, edificador de una base normativa compleja que tiene en su centro de impulsión el conflicto social, y a la comunidad misma en cuanto titular de los beneficios y resultados de su ejecución.

Lo anterior resulta evidente en la figura concesional de servicios públicos cuando la referimos a la mentada cláusula constitucional, obsérvese que de los planteamientos efectuados a propósito del servicio público, lo entendíamos bajo este mismo contexto doctrinal y jurídico sumido en los compromisos sociales del Estado. El papel de este frente al servicios público, no es otra que la de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Luego el fenómenos de los servicios públicos nos liga a las profundas estructuras y necesidades de la sociedad vinculando de paso la figura prestacional a este contexto sustancial. Se puede afirmar, sin lugar a equivocación, que el postulado del Estado social determina sustancialmente

entonces al objeto del contrato de concesión de servicios públicos, dada su relación material y natural con el interés general en consecuencia con los derechos e intereses de la colectividad.

El contrato de concesión de servicios públicos así visto, no es entonces un fenómeno exclusivamente individualista; no es un fenómeno derivado de una simple y clásica relación negocial que vincula tan solo a dos partes interesadas en el desarrollo de un proyecto específico, es ante todo, y en esencia, un fenómeno social surgido del consenso natural que demanda la conceptualización propia de la cláusula constitucional del Estado social en procura de resultados sustanciales en relación con la problemática social.

Si retomamos el pensamiento de Heller en relación con los propósitos y finalidades del Estado social, encontramos que la sustantivización del modelo negocial propuesto a partir de las estructuras conceptuales de la cláusula del Estado social guardan estrecha relación con lo planteado.

Para Heller, el viejo y agotado modelo de Estado de derecho debía inevitablemente transformarse en un Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido material, y que abarcara la totalidad de la “cuestión social”, y no se agotara en una simple igualdad formal, de corte individualista derivada de la revolución burguesa. La igualdad material implicaba reconocer derechos y adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos más allá del ámbito estricto del individualismo y de los simples derechos subjetivos, esto dándole cabida a modelo de intereses referidos directamente con la comunidad, lo que para el contrato implica sencillamente dejar de entenderlo, por lo menos en el derecho nacional, como una simple fuente de obligaciones a través de la cual una persona se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer una cosa⁶⁹⁹.

El contrato como elementos e instrumento de lo social encuentra su razonamiento en el pensamiento de Heller. Tal como lo expusimos en su

⁶⁹⁹ Código Civil Colombiano. Artículo 1495. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas.”

oportunidad, los trabajos de Heller en relación con el abandono del modelo clásico individualista, se sustentaba en que las nuevas circunstancias sociopolíticas y económicas de la sociedad, circundadas por la lucha y enfrentamiento entre las clases burguesas y trabajadora, en consecuencia, con presencia de nudos insalvables de intereses de naturaleza diversa, llamaban de manera perentoria, a generar instancias de concertación política con el propósito ineludible de evitar la radicalización de las contradicciones, permitiendo el auge y fortalecimiento de las ideas absolutistas.

Concertación que no es otra cosa que el llamamiento a la negociación, a la identificación de puntos de encuentro en procura de lograr la satisfacción de apremiantes necesidades de la comunidad, que no se logran, sino mediante el agotamiento de mecanismos como los contractuales, luego el contrato, se torna, bajo este modelo de profunda influencia en nuestro medio, en un vehículo adecuado y oportuno que fundado en el consenso de intereses busca la solución al conflicto social.

2. LOS APORTES DEL MODELO DEMOCRÁTICO A LA ESTRUCTURACIÓN DEL CONTRATO Y DE LA CONCESIÓN

El modelo democrático en su relación con el contrato del Estado nos conduce por los senderos de balance, equilibrio, transparencia e igualdad en las relaciones con los asociados, de pluralismo, tolerancia, participación, y sobre todo, de reproche al subjetivismo por lo tanto a la arbitrariedad en la estructuración y en todo procedimiento de selección de contratistas, así como en la ejecución del mismo. La democracia está en las bases mismas de las garantías que el sistema ofrece en materia de negocios del Estado, con el fin de que los mismos no se conviertan en privilegios de unos pocos. La democracia es lo contrario al interés individual o personal en el manejo de lo público.

En su interrelación obvia y natural con la cláusula constitucional del Estado social, coadyuvada al concepto material de lo social, consolida de manera

magnífica, en una proyección finalística el concepto de interés público y general, que se proyecta en la estructuración de derechos e intereses colectivos. La democracia reconducida a estos aspectos de la ordenación del servicio y la concesión, y en manos de la administración, se configura entonces, garantía indiscutible para la comunidad en relación con la realización efectiva y sustancial de los proyectos de su interés, para los particulares contratistas de que no reinara el privilegio y el simple señalamiento en la selección de los mejores contratistas para el Estado, y para el Estado mismo en cuanto que le permite hacer efectiva su habilitación para la selección de los mejores en tratándose de asuntos públicos.

Se concreta el principio democrático en relación con el contrato en la presencia de reglas y sobre todo de principios básicos rectores de todo el actuar público en estas materias tales como los siguientes: ponderación, proporcionalidad, interés general; inclusión social; protección a los derechos de los particulares y los usuarios, no discriminación, equilibrio y conmutatividad objetiva de la relación negocial; la igualdad; libertad de los asociados en sus aspiraciones de colaboración en la ejecución de los proyectos públicos; transparencia; pluralismo; tolerancia; participación; planificación y diseño del negocio de manera completa, correcta, eficaz y técnica; transparencia, planeación; participación; objetividad; imparcialidad; publicidad y previsibilidad.

3. LOS APORTES DEL MODELO NEOLIBERAL INDIVIDUALISTA A LA CONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA CONCESIÓN

El modelo neoliberal o economicista es radical en sus postulados y propuestas. Aboga por la libertad contractual, el despojo del estado de sus poderes y facultades exorbitantes en materia negocial, el libre acceso de todos los actores a los negocios públicos, la destitularización de actividades públicas, es decir, el desmantelamiento de la idea concesional por principio. Todo lo anterior en una especie de repotenciación de la cláusula, también constitucional entre nosotros, de la libertad e iniciativa privada, o simplemente de la libertad económica. El neo individualismo rompe con la idea de la

sustantivización del contrato estatal de sus formalismos, de su vinculación estricta a los propósitos y finalidades del interés general, sobreponiendo en relación con estos los intereses del capital, del inversionista y sobre todo del predominio de las reglas del mercado en relación con cualquier otra consideración, sobre todo con las de carácter intervencionista.

La figura concesional tiende a su desaparición por sustracción de materia en las hipótesis extremas del modelo. Recordemos que bajo consideraciones clásicas la concesión estaba ligada al postulado de la titularidad estatal del servicio bajo designios manifiestos de monopolio público, característica que prácticamente esta llamada a desaparecer o por lo menos ser recogida sustancialmente bajo la ideas neoliberales, al predicarse la liberalización de bienes y servicios públicos para ser objeto de tratamiento por la iniciativa privada y el capital bajo las reglas del mercado.

La propuesta neoliberal, conforme fue expuesta en su oportunidad implica la inversión sustancial de los postulados tradicionales sobre el papel de la administración pública en el cumplimiento de las finalidades estatales y la satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad y los derechos de los usuarios, a través de la figura del contrato público o de la concesión de servicios públicos.

4. LA NECESARIA ARTICULACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE ESTADO SOCIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN

Conforme a los planteamientos anteriores resulta claro que la suerte del contrato y en especial del negocio de concesión de servicios públicos en nuestro ordenamiento depende de la conjugación inevitable de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho con la de la libertad económica, por lo tanto, del entendimiento de cómo debe funcionar el sistema de bases constitucionales para hacer coherente la procedencia de la figura sin entrar en conflictos que la hagan nugatoria.

Para estos efectos, tal como se ha reconocido a lo largo del presente trabajo, las cláusulas del Estado social y democrático de derecho como la de la libertad económica encarnan principios de rango constitucional que se encuentran en un plano de igualdad. Sin embargo, también se ha reconocido, y aceptado para efecto de las conclusiones del estudio que la cláusula de la libertad económica tal como está estructurada y planteada en nuestra constitución política, no es absoluta, y que a su vez, la del Estado social y democrático de derecho encarna lo que se conoce en la doctrina como un principio directriz que irradia la totalidad de nuestro ordenamiento.

Hemos aceptado como una verdad actual emanada de la interpretación jurisprudencial que la libertad económica configura un claro derecho fundamental que entraña una doble naturaleza, la de derecho indiscutiblemente subjetivo, y de consecuente garantía institucional para el libre accionar económico de las personas. Así mismo, la libertad económica configura un elemento trascendente del ordenamiento jurídico positivo, que otorga especial connotación al mismo en el sentido de perfilar a la libertad en el centro de la actividad humana y empresarial, con el fin de garantizar una convivencia justa y pacífica de los asociados, de todas maneras objetivamente delimitado para los efectos y propósitos claramente definidos por el legislador en los artículos 33, 334 y 336 constitucionales⁷⁰⁰.

Por su parte hemos aceptado para la cláusula de Estado social y democrático de derecho su naturaleza de norma directriz del accionar de los poderes y de la interpretación del alcance de la organización política y jurídica, sin que esto signifique en manera alguna la aceptación de un especie de estratificación jerarquía en relación con los demás principios y cláusulas constitucionales. En este sentido, recogemos para efectos del estudio las elaboraciones teóricas que identifican en una explicación dogmática de la cláusula tres claros círculos concéntricos. (i) donde se retoman el conjunto de exigencias que el modelo impone a los poderes públicos en cuanto principio mismo y los grados de

⁷⁰⁰ LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 88.

afectación en relación con otros principios (mandato de optimización) círculo donde opera sin mayor dificultad la ponderación y proporcionalidad; (ii) compuesto por el conjunto de manifestaciones del Estado social a las que el legislador ha otorgado un carácter de definitivo como consecuencia de la reducción legal de las colisiones entre principios considerados a priori y otros principios constitucionales; y, (iii) integrado por el conjunto de exigencias del principio que a modo de núcleo último, se imponen incluso al de Estado democrático⁷⁰¹.

Bajo este contexto, tenemos entonces que una relación ponderada de los dos principios le atribuye de por sí, cargas predeterminadas en las esferas segunda y tercera al principio del interés general básicamente en defensa y protección de intereses generales y públicos e incluso como lo destaca el inciso final del artículo 333 constitucional en defensa y protección de la misma libertad económica. En este sentido, es factible entonces que la libertad económica entre nosotros este objetivamente limitada cuando este de por medio el interés público, la solidaridad social e incluso la misma justicia social, si al artículo 334 constitucional nos referimos propiamente y para la “[...] remoción de obstáculos o límites fácticos que impiden que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas [...]” y tendientes a garantizar una competencia real y efectiva⁷⁰².

Así las cosas, y bajo el entendido de que en nuestro esquema constitucional, la libertad económica pregonada por los neoliberales, no es absoluta, sino que esta matizada en razón de los interés públicos, es posible la subsistencia misma del contrato público, no bajo el carácter absoluto de una sustantivación a ultranza, sino bajo consideraciones de respeto a la misma libertad económica, y en esta misma dirección subsiste el negocio de concesión en la medida en que la libertad de empresa se produce y actúa en relación principalmente y por regla general en relación con actividades privatizadas y liberalizadas, y se mantiene en el núcleo esencial de toda relación económica, sea esta la contractual del estado propiamente dicha.

⁷⁰¹ LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 166.

⁷⁰² *Ibíd.*, p. 145.

Como conclusión, retomando las directrices ya expuestas de nuestra Corte Constitucional, en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (art. 333 CP).

5. LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y SUS RELACIONES CON LA LIBERTAD DE EMPRESA E INICIATIVA PRIVADA

Conforme a las conclusiones expuestas y teniendo en cuenta que de acuerdo a ellas, se ha roto la teoría de la sustantividad en el derecho colombiano, la concesión como tipo contractual propio de la actividad estatal, paso a ser por definición, un típico contrato estatal, sujeto a régimen jurídico mixto, por esta razón resulta indispensable detallar su ubicación en el contexto normativo de la contratación pública nacional, como lo pasamos a exponer a partir de una reconstrucción de la figura del contrato estatal en nuestro derecho:

5.1. Una aproximación al problema en el derecho nacional de los contratos estatales.

Intentar aproximarse al régimen jurídico de los contratos estatales, conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en las demás disposiciones legislativas que de manera especial se refieren a la contratación de algunas entidades públicas, constituye tema de dificultad y controversia en el derecho nacional; en efecto, implica retomar y articular a la vez conceptos fundamentales tanto de derecho público como privado en materias neurálgicas para el cumplimiento de las funciones públicas y la satisfacción de los intereses generales, como son las propias de los contratos que las entidades estatales pueden celebrar en el tráfico jurídico ordinario. Desde esta perspectiva implica articular de manera coherente y bajo criterios metodológicos acertados los intereses públicos con

los derivados de la iniciativa privada; implica irremediablemente acercar criterios determinantes en materia negocial del modelo de Estado social y democrático de derecho con los propios de la libertad de empresa.

En este orden de ideas, la estructuración jurídica de un concepto operativo de contrato estatal o por lo menos cualquier aproximación que se intente en torno a la figura, reconociéndole su carácter de mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado⁷⁰³, no solo conlleva complicaciones formales y normativas, sino que también, dado el origen privado de la institución, significa admitir su naturaleza compleja: en primer lugar, la de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, que por lo demás debe ser preservado en la economía del contrato mismo, por lo tanto sumida inevitablemente en conceptos que involucran compromisos con los intereses de la comunidad⁷⁰⁴ y, por otra, la de fuente de obligaciones conforme a las elaboraciones del derecho privado, pero, como se advierte, bajo consideraciones inmanentes con los intereses públicos y comunitarios, esto es, en absoluta posición dicotómica respecto de los contenidos individualistas y subjetivos derivadas en las corrientes clásicas sustentadoras del derecho privado, lo que implica inexorablemente, en la hora actual de la disciplina, la articulación de normas, reglas y principios derivados del subsistema jurídico positivo privatista en interrelación permanente con principios, reglas e incluso normas inspiradas en el mantenimiento y preservación de intereses públicos y generales vinculado necesariamente al carácter social de nuestro Estado de derecho⁷⁰⁵, en lo que podríamos denominar la configuración de un peculiar régimen jurídico y conceptual de contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad del contrato estatal⁷⁰⁶, ni la de la exclusiva sujeción del mismo a los parámetros de los principios privatistas nugatorios de lo público⁷⁰⁷.

⁷⁰³ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 964.

⁷⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 964 y 965.

⁷⁰⁵ PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública*, cit., p. 121 y ss.

⁷⁰⁶ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, tomo III, cit.

⁷⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", cit.

Se trata de abordar una problemática poco pacífica para la doctrina, no sólo en razón de los intereses que la materia involucra, sino también en virtud de las radicales transformaciones que se han consolidado en el derecho administrativo en los últimos años, producto de la evolución de la economía y de las concepciones filosóficas y políticas en torno a lo público y el papel de los privados en la atención de todo aquello susceptibles de contenido económico, bajo conceptos de economía de mercado y competencia⁷⁰⁸ que plantean un retomar de los contenidos privatistas contractuales para los asuntos negociales del Estado⁷⁰⁹, situaciones que evidentemente han impactado en el derecho nacional de la contratación pública en donde se ha pasado de un esquema de contrato estatal regido por el derecho privado a un esquema mixto, sin desconocer las épocas de profunda influencia de las teorías de la sustantividad francesa de la figura.

Esto significa que el estudio de la institución del contrato desde la perspectiva estatal invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios, en algunos casos extraños entre sí, pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario, brindando en consecuencia respuestas a los fenómenos propios del consentimiento que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de éstas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general⁷¹⁰, lo que hace imposible en la hora actual de la institución hablar a la usanza clásica del derecho administrativo de corte francés de un régimen unitario del contrato del Estado⁷¹¹.

⁷⁰⁸ CASSAGNE. “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en *Servicios públicos, regulación y renegociación*, obra conjunta con el profesor GASPAR ARIÑO ORTIZ, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2005, pp. 51 y ss.

⁷⁰⁹ CASSAGNE. *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 12 y ss.

⁷¹⁰ Puede consultarse a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., p. 69. Por otra parte, en cuanto respecta propiamente dicho al régimen jurídico colombiano de los contratos del Estado, se ha entendido, por vía jurisprudencial, que el contrato del Estado comparte ese ámbito integrador de lo público y lo privado. En sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 23 de septiembre de 1997 (CP: CARLOS BETANCOURT JARAMILLO, exp. S-701), expuso la corporación que “El legislador de 1993, mediante la Ley 80, pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado [...]”.

⁷¹¹ CASSAGNE. *El contrato administrativo*, cit., p. 14.

La situación de innegable influencia del derecho privado en el contrato del Estado que hemos delineado se desprende, sin duda alguna, de los inmensos procesos de reforma política y económica que se comenzaron a vivir en el país a finales de la década del 80 y que implicaron una revisión total, filosófica e ideológica, en el manejo del Estado, a la vez que invitaron a reconsiderar el régimen contractual del Estado y la consolidación del sistema de la unidad o identidad del contrato administrativo y el privado en el régimen colombiano.

Estos cambios básicos comenzaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal, que sumida en el principio de la libre competencia económica consideraba que los actores públicos no podían ser un obstáculo para el ejercicio de dicha libertad. Y que el Estado, al igual que los particulares, por regla general debía actuar en el tráfico jurídico ordinario en condiciones de igualdad; por lo tanto, resultaba inevitable abandonar las rígidas estructuras que sobre contratación estatal el Estado intervencionista había montado a partir de los años 60, en pretendida sustantividad del contrato administrativo, y abrirle paso a un sistema mucho más coherente con los fenómenos de la economía y la globalización, frente a los cuales los entes públicos no podían estar ausentes, ni mucho menos excluidos; con todas las consecuencias que este planteamiento implicaba desde el punto de vista jurídico, en la medida que llamaba a modificar las estructuras sustentadas en los principios y dogmas de estricto derecho administrativo.

Precisamente en uno de los sectores jurídicos donde con mayor trascendencia se reflejaba esta transformación conceptual del Estado era en el de la contratación. El neoliberalismo se apoya en el derecho civil para el logro de sus propósitos contractuales, pues se supone que gran parte de las responsabilidades públicas deben ser asumidas por los particulares; por otra parte, el Estado debe dejar de ser un ejecutor directo de sus cometidos, los cuales deberán ser contratados con los particulares, y el sector público asumirá en adelante, en especial, responsabilidades de interventoría y control.

Debe tenerse en claro que el abandono del Estado providencia no significa exclusivamente un alejamiento del modelo social, sino también de conceptos como el de soberanía: Esto es, en economías fuertemente privadas las reglas de convivencia social son prácticamente transferidas del Estado a los actores de la economía, asumiendo ésta la responsabilidad para su ejecución. Respecto del contrato del Estado, el primer efecto que se observa es que su régimen de exorbitancia comienza un proceso indiscutible de aminoramiento, por no decir de desaparición: de esta manera se configura un acercamiento del contrato administrativo al de derecho privado.

Bajo estos presupuestos, en el país se inició la más amplia discusión sobre los procedimientos y el régimen sustancial del contrato del Estado, debate que no solo ocupó la atención del poder ejecutivo sino también y de manera principal al Congreso de la República como directo competente para introducir las normas contractuales generales de la administración pública. Los proyectos iniciales hacían prevalecer el derecho privado sobre el público, y reconocían flexibilidad a las diferentes entidades públicas para establecer sus propios procedimientos de escogencia de contratistas, sin la perentoria obligación de incorporar procedimientos licitatorios. Estas ideas fueron prontamente debilitadas por los defensores de la sustantividad del contrato estatal, para quienes, por elementales razones de seguridad jurídica y de defensa del patrimonio público, el contrato del Estado debería necesariamente estar sujeto a estrictos principios de derecho público, sobre todo en materia de escogencia de contratistas.

El producto de este debate histórico fue la Ley 80 de 1993, que de manera expresa incorporó al contrato del Estado, dentro de un contexto mixto, tanto principios de derecho público como de derecho privado, donde lo público predomina sobre lo privado pese a que importantes componentes del contrato se sujetan ampliamente a las reglas civiles y comerciales.⁷¹² Se instauró así un

⁷¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 949 del 5 septiembre de 2001 (MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ). “Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación de los principios del derecho privado, con las cuales se pretende combatir la

sistema donde las normas y principios del derecho administrativo constituyen la regla general, y de manera complementaria, en ciertos casos y frente a determinadas circunstancias del contrato, se aplican las normas del derecho privado, sin que el contrato pierda su naturaleza de público.

La aplicación del derecho civil tiene el propósito de garantizar la libre economía y la apertura globalizadora, al igual que la libre empresa. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado precisamente que “... lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado, en materia social y económica, está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y ética, que no podría producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones de derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos [...]”⁷¹³.

Este resultado es el producto de la influencia neoliberal sobre el contrato del Estado. En particular, esta mixtura ideológica se deduce de la lectura de los artículos 13, 32, 40, 60 y 68 de la Ley 80 de 1993. Así, el artículo 13 de manera expresa señala que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley [...]”. Disposición que al parecer establece una regla general donde el derecho privado predominaría sobre el administrativo en los contratos del Estado; mas esta idea se rompe al estudiar en contexto el fenómeno de la contratación estatal. En efecto, en realidad el derecho nacional de los contratos públicos comparte naturaleza privada y pública, pero con ostensible y evidente

ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente, el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental.”

⁷¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 20 agosto de 1998 (CP: JUAN DE DIOS MONTES, exp. 1042).

predominio de normas y principios de estricto derecho administrativo. En este sentido debe entenderse el contenido del artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁷¹⁴. Esta posición se reitera en el artículo 32, cuando se indica que son contratos estatales, entre otros, los “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]”; así como en el artículo 40 del mismo ordenamiento, cuando acepta que el contenido de los contratos estatales puede provenir del ejercicio de la autonomía de la voluntad⁷¹⁵ surgida entre Estado y contratista⁷¹⁶.

⁷¹⁴ VIDAL PERDOMO. “La noción de contrato estatal”, cit., p. 11. Destaca este autor que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 lo que hace es una simple remisión al Código Civil y al Mercantil, sin desconocer que de todas maneras el legislador mantiene un importante componente de derecho público en el texto mismo de la ley al cual se refiere precisamente el artículo 13 en su inciso 1.º. Por otra parte, la interpretación de esta disposición, sostiene VIDAL PERDOMO, debe hacerse en un sentido útil con el fin de evitar retrocesos históricos en el análisis contractual del Estado. Una indebida lectura de la disposición podría llevar a equívocos: “No todos los contratos que pueda celebrar el Estado se encuentran contemplados en el Código Civil o el Código de Comercio [...]”. Existen contratos, como el de obras públicas, típicamente administrativo, que no puede ser reemplazado, por ejemplo, por el de arrendamiento de obra regulado en el Código Civil, “Lo cual no sería un avance del derecho sino un retroceso [...]”. En nuestra opinión, en casos como éstos prevalecería el principio de especialidad, en la medida en que el contrato de obra pública es de los pocos tipificados en la ley contractual estatal colombiana, y por lo tanto de aplicación preferente y restrictiva, por lo que haría imposible acudir a figura contractual con objeto similar establecida en otros estatutos o códigos.

⁷¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 949 del 5 septiembre de 2001 (MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ). “Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley”

⁷¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 20 de agosto de 1998 (CP: JUAN DE DIOS MONTES, exp. 1402 de 1998), en *Banco de datos jurídicos* (salvo indicación en contrario, se hace referencia, siempre, a “Contratación Estatal”). Sobre la problemática del derecho público y privado en la ley de contratación del Estado expuso el Consejo: “Como ya lo ha expresado la Corporación, mediante la Ley 80 de 1993 la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto se encuentran ‘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, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra la ley o derecho ajeno. Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual; el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y

No obstante lo anterior, el debate sobre esta materia no ha terminado en el derecho nacional. Diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son sólo administrativas, sino que en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares y que merecen destacarse los tenemos en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenido en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las universidades públicas (Ley 30 de 1992).

La misma situación jurídica se predica del régimen aplicable a los contratos de algunas otras entidades que, sin discusión alguna, son verdaderas entidades públicas (caso concreto de los hospitales y de los contratos que celebren las entidades públicas con organismos sin ánimo de lucro), eventos en los cuales, por expresa disposición de sus correspondientes normatividades, se aplica el derecho privado como el régimen jurídico principal.

5.1.1. La insuficiencia de los criterios orgánicos y del recurso público para determinar un concepto material de contrato estatal

Ahora bien, sobre la base del reconocimiento de esta complejidad naturalística, sumirse en un concepto material de contrato del Estado o estatal, como se le denomina en nuestra legislación, implica desbordar la aproximaciones normativas al problema efectuadas en la Ley 80 de 1993, en donde de manera simple se le concibe, como el negocio en donde una de las partes es una entidad de carácter público estatal, - o un particular que cumple funciones

obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc. Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública, al cual, por virtud del numeral 5 artículo 32, del estatuto contractual, 'le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil', en cuanto sean compatibles con dicho estatuto".

administrativas - , que se compromete y obliga frente a quien satisface sus necesidades, sea esta otra entidad estatal o un particular, o conjunto de estos, según el caso (artículo 1⁷¹⁷, 2⁷¹⁸ y 32 de la ley 80 de 1993)⁷¹⁹.

⁷¹⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 1.º. “Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”

⁷¹⁸ Ley 80 de 1993. Artículo 2.º. “De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

”1o. Se denominan entidades estatales:

”a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

”b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

⁷¹⁹ Lo anterior para los casos en los cuales opera plenamente el régimen jurídico del contrato estatal, porque es cierto que nuestra legislación establece excepciones al respecto. Diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son sólo administrativas, sino que en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares y que merecen destacarse los tenemos por ejemplo en el caso de las sociedades entre entidades públicas del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, así como en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenido en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las universidades públicas (Ley 30 de 1992). La misma situación jurídica se predica del régimen aplicable a los contratos de algunas otras entidades que, sin discusión alguna, son verdaderas entidades públicas (caso concreto de los hospitales y de los contratos que celebren las entidades públicas con organismos sin ánimo de lucro), eventos en los cuales, por expresa disposición de sus correspondientes normatividades, se aplica el derecho privado como el régimen jurídico principal. Ahora bien, la situación se agudiza a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en donde de manera general se exceptúan del régimen de contratación pública a todas las entidades públicas que desarrollen su objeto social bajo condiciones de mercado y competencia. La referencia al derecho propio de las actividades de mercado y de la competencia, sin embargo, no es absoluta; de todas maneras, y para todos los casos, el legislador, en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en forma perentoria e imperativa, obliga a que dentro de los procesos contractuales que deban regirse por las disposiciones y principios del derecho privado se apliquen principios propios de la función pública, esto en la medida en que de una u otra manera, quiérase o no, así la actividad sustraída del marco de la contratación pública sea típica o propia de mercado y competencia, la misma se hace por servidores públicos y en ella están comprometidos recursos públicos en los términos del artículo 1.º de la Ley 1150 de 2007. Sobre esta base se dispone en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que “[...] Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...]”. Esto es, todo proceso de selección que adelanten las entidades exentas del régimen de la contratación pública estatal deben preservar y respetar, siempre y en todo lugar, los principios rectores de la función pública administrativa, los relativos al control

Ahora bien, adicionalmente, el concepto de contrato estatal no puede resumirse en la también insuficiente descripción que del mismo se hace en nuestra reciente legislación de contratación pública, (artículo 1.º, Ley 1150 de 2007⁷²⁰), según la cual, son contratos del Estado todos aquellos que se realizan con recursos públicos, a los cuales se les aplica, en consecuencia, el derecho especialmente diseñado para este tipo de negocios contenidos en la mencionada ley.

Definitivamente, así nos entronquemos en las aproximaciones conceptuales del texto original de la Ley 80 de 1993, que partía de un criterio orgánico en torno al diseño de un concepto de contrato del Estado, o en la nueva legislación, que rompe con lo orgánico y se matricula en el criterio del recurso público, estaríamos asumiendo el problema del concepto de la institución desde perspectivas estrictamente formales y poco trascendentes, que eventualmente incursionan por senderos pretendidamente sustantivadores de la institución, pero que no logran el cometido propuesto, y que realmente resultan frustrantes, en la medida en que dado el carácter superficial de los criterios que involucran (orgánico o del origen del recurso involucrado en la contratación) no definen una sustancia propia del negocio, sino que más bien destacan algunas de sus particularidades indiscutibles y por lo tanto obvias del mismo, sin suficiencia para que podamos solo con ellos sustentar un concepto material de contrato estatal.

Obsérvese que sin mayor discusión lo simple y obvio de los criterios legales no definen una sustancia propia del negocio del Estado, sino que destacan

fiscal y aplicar de manera estricta el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993 y en demás disposiciones aplicables a los contratos del Estado, a los contratos que tramiten y celebren estas entidades.

⁷²⁰ Ley 1150 de 2007. Artículo 1.º. “Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.”

particularidades evidentes del mismo, que nos impiden sustentar una teoría profunda del mismo desentrañando sus elementos básicos.

Nadie desconoce, ni pone en duda, que en todo contrato estatal, necesariamente debe estar presente el Estado a través de su aparato administrativo, representado en alguna de sus formas orgánicas, en cuanto parte natural y evidente de este tipo de negocios, y así mismo, resulta igualmente obvio, evidente y necesario en la contratación pública, que los recursos involucrados en la misma, deben ser los públicos, circunstancias estas, que de ninguna manera pueden ser determinantes de una caracterización sustancial, sino más bien formal, en cuanto no dicen nada más de lo que, de por sí, cada una de ellas representa, resultando difícil, por no decir imposible, a partir de ellos, construir una teoría material en torno al concepto de contrato estatal.

Así las cosas, podemos válidamente sostener que desde la perspectiva de la normatividad citada, no es viable deducir la existencia de un concepto material de contrato estatal y que por lo menos en nuestro derecho, estamos muy lejos de realmente garantizar la existencia de un contrato del Estado verdaderamente sustantivo, radicalmente diferente al contrato diseñado por el derecho privado, por lo menos desde el punto de vista de su caracterización material.

5.1.2. Las tentativas de construcción de un concepto material de contrato estatal a partir de la interrelación del régimen jurídico de los contratos estatales, el derecho civil y comercial y los principios constitucionales

Esto es, que los pretendidos conceptos legales en torno al contrato del Estado realmente no se comprometen en aproximaciones sustanciales, sino que simplemente acuden a criterios meramente superficiales y anacrónicos por si solos, para la identificación de una institución milenaria que de por si entraña una dinámica diferente y de connotaciones verdaderamente significativas

desde la perspectiva de su contenido, el cual inevitablemente se desprende de las elaboraciones del viejo derecho civil y de las reglas actuales del derecho comercial.

Es más, podríamos afirmar en aras de avivar la discusión, que los criterios orgánicos y el del origen de los recursos, antes criticados por insuficientes para el logro de nuestro objetivo conceptual, de todas maneras no puede pasar desapercibidos en un análisis integral y contextual del régimen normativo de la institución en el derecho colombiano.

Una aproximación a un concepto vital de contrato estatal nos llama abreviar en las fuentes normativas y de principios mucho más profundas, en esta dirección, los anteriores criterios deben conjugarse, con lo dispuesto en los artículos 13⁷²¹, 28⁷²², 32⁷²³ y 40⁷²⁴ de nuestra ley de contratación pública, Ley 80 de 1993⁷²⁵ que incorporan un carácter mixto al contrato del Estado⁷²⁶ y establecen

⁷²¹ Ley 80 de 1993. Artículo 13. “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

⁷²² Ley 80 de 1993. Artículo 28. “De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

⁷²³ Ley 80 de 1993. “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, 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 a continuación: [...]”

⁷²⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 40. “Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

”Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

”En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

”En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley [...]”

⁷²⁵ La Ley 80 de 1993, de manera expresa incorporó al contrato del Estado, dentro de un contexto mixto, tanto principios de derecho público como de derecho privado, donde lo público predomina sobre lo privado pese a que importantes componentes del contrato se sujetan ampliamente a las reglas civiles y comerciales. Se instauró así un sistema donde las normas y

de manera perentoria la necesidad de que cualquier análisis y aproximación en torno al fenómeno contractual del Estado se penetre irremediamente de la normatividad, tipología, contenido y demás disposiciones establecidas en los códigos de comercio y civil, al igual que de los mandatos derivados de los principios de la autonomía de la voluntad⁷²⁷, buena fe, igualdad, equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. Todo lo anterior, sin embargo, tal como se desprende del inciso final del artículo 40 de nuestra ley de contratación pública, con estricta sujeción a la Constitución

principios del derecho administrativo constituyen la regla general, y de manera complementaria, en ciertos casos y frente a determinadas circunstancias del contrato, se aplican las normas del derecho privado, sin que el contrato pierda su naturaleza de público.

⁷²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 20 de agosto de 1998 (CP: JUAN DE DIOS MONTES, exp. 1402 de 1998), en Banco de Datos Jurídicos (salvo indicación en contrario, se hace referencia, siempre, a “contratación estatal”). Sobre la problemática del derecho público y privado en la ley de contratación del Estado, expuso el Consejo: “Como ya lo ha expresado la Corporación, mediante la Ley 80 de 1993 la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto se encuentran ‘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, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra la ley o derecho ajeno. Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual; el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc. Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública, al cual, por virtud del numeral 5 artículo 32, del estatuto contractual, ‘le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil’, en cuanto sean compatibles con dicho estatuto”.

⁷²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 949 del 5 septiembre de 2001 (MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ). “Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley.”

Política, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley de contratación y de la buena administración, obviamente sujetándose siempre y para todos los efectos, independientemente del contrato que la administración adopte como idóneo y adecuado para satisfacer sus necesidades, a la preceptiva fundamental derivada del concepto de interés público o general, en los términos de los artículos 2⁷²⁸, 123 inc. 2⁷²⁹ y 209⁷³⁰ constitucionales⁷³¹.

Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado articula, en los términos y condiciones antes mencionadas, es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer como lo hemos expuesto ampliamente, la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa

⁷²⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 2.º “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

”Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

⁷²⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 123 inc. 2. “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”

⁷³⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 209. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

⁷³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001 (MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ). “Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación de los principios del derecho privado, con las cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente, el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental.”

al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional⁷³².

Ahora bien, de manera primordial y sobre todo especial, la aproximación a las bases del concepto material de contrato estatal, implica forzosamente, admitir, en cuanto es presupuesto legal fundamental para estos propósitos, como lo determinan los artículos 4 num. 3⁷³³ y 8⁷³⁴; 5 num. 1⁷³⁵; 25 num. 13 y 14⁷³⁶; 27⁷³⁷; y 28 de la Ley 80 de 1993, su carácter de fenómeno económico, de aquí

⁷³² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 20 agosto de 1998 (CP: JUAN DE DIOS MONTES, exp. 1042). La aplicación del derecho civil y del comercial tiene el propósito de garantizar la libre economía y la apertura globalizadora, al igual que la libre empresa. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado precisamente que “[...] lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado, en materia social y económica, está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y ética, que no podría producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones de derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos [...]”.

⁷³³ Ley 80 de 1993. Artículo 4.º “De los derechos de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior: [...] No 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.”

⁷³⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 4.º. “De los derechos de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior: [...] No 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

”Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.”

⁷³⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 5.º. “De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: 1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

⁷³⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 25. “Principio de economía. En virtud de este principio: [...] No 13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.”

”No. 14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.”

⁷³⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 27. “De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de

la necesidad de predicar para el mismo, una regla básica e indispensable para garantizar la convivencia en la relación comercial, cual es, la de la existencia de un equilibrio permanente entre las prestaciones y derecho de las partes involucradas, lo que implica partir del expreso reconocimiento legal y admitir su carácter conmutativo y oneroso, por lo tanto, compartir la esencia de lo sinalagmático que la conmutatividad implica, por lo menos para los casos en que proceda, construyendo con esta caracterización una grande e importante regla general en cualquier intento de construcción de un concepto de fondo de contrato estatal, esto en la medida de que dado el carácter amplio del artículo 32 de nuestra ley de contratación pública es posible encontrar contratos del estado excepcionalmente de efectos unilaterales, donde resulta difícil sostener la operatividad de la conmutatividad

5. 2. Conceptos materiales de contrato estatal propuestos

Así las cosas y a título de una primera conclusión parcial dentro del presente trabajo, es forzoso concluir que no es posible trabajar un concepto único material de contrato estatal, las observaciones efectuadas nos incitan a que de manera general y a título de la misma naturaleza intentemos un concepto comprensivo del mayor número de hipótesis posibles de contrato estatal, aceptando que la amplitud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 admite multiplicidad de hipótesis contractuales, lo cual nos lleva a configurar una clara regla de excepción al concepto que se propondrá donde se retomaran hipótesis que de manera alguna encajan en las reglas generales expuestas en las normas del estatuto de contratación de la administración pública, del Código Civil y del Código de Comercio. En esta oportunidad, profundizaremos exclusivamente sobre un concepto general, reconociendo las excepciones

proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

”Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

sobre las cuales no nos ocuparemos. En consecuencia y bajo el anterior entendido, se propone lo siguiente en torno a la estructuración de concepto de contrato estatal configuratorio de una regla general en la materia:

5.2.1. Concepto material de contrato estatal vinculado a las ideas de conmutatividad y reciprocidad negocial. Consecuencias. Regla general

Entendemos entonces por contrato del Estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley, o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar y que a la vez generan derechos e intereses en la comunidad.

Sea lo primero destacar del concepto propuesto, que el mismo se arrima de manera concreta y desde la perspectiva sustancial al ámbito de los intereses generales, por oposición clara e inobjetable al ámbito de los derechos estrictamente subjetivos de corte individualista. Matrícula esta que los hace inconfundibles, y que en la articulación propuesta con la libertad económica, resulta ser un producto del carácter directriz del postulado del Estado social y democrático de derecho, situación jurídica que conlleva a aceptar de manera irremediable que el contrato del Estado es, por lo tanto, también, un fenómeno ligado de manera indisoluble al surgimiento de derecho colectivos y en consecuencia a los intereses propios de la comunidad, para lo cual la administración posee en virtud de las facultades discrecionales reconocidas en

el concepto un amplio poder configurador en instancia planificadora del negocio.

Por otra parte, se afirma y sustenta el concepto propuesto de contrato estatal, en concordancia con las remisiones del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a la legislación civil y comercial, en los postulados doctrinales que del contrato se recogen de manera prácticamente similar los artículos 1495⁷³⁸ del Código Civil y 864⁷³⁹ del Código de Comercio, en el entendido de que el mismo es ante todo un acuerdo de dos o más partes, lo cual resulta innegable en los contratos estatales en los cuales el negocio se construye sobre la base del consentimiento⁷⁴⁰, de una real y evidente acción consensuada entre el Estado y sus interlocutores negociales⁷⁴¹ y no de manifestación e imposición unilateral de voluntad de la administración, como se llegó a sostener en algunas etapas ya vencidas de la evolución de la institución, negando de paso la existencia del fenómeno negocial del Estado⁷⁴².

El contrato del Estado en consecuencia implica el entendimiento y, por lo tanto, el acuerdo de voluntades al que se llega a través de mecanismos institucionales derivados de una estricta legalidad selectiva, cumpliendo las

⁷³⁸ Código Civil. Artículo 1495. "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."

⁷³⁹ Código de Comercio. Artículo 864. "Definición de contrato. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

"Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851."

⁷⁴⁰ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 144 y ss.

⁷⁴¹ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona, Inap-Marcial Pons, 2003, p. 325.

⁷⁴² La tesis se les atribuye dentro de la doctrina alemana a los trabajos del profesor OTTO MAYER. Este autor sostenía la imposibilidad de la existencia de contratos entre el Estado y los particulares en razón de que se trataba de partes de naturaleza y categoría diferentes. El contrato presupone, expresa el autor, sujetos jurídicos de la misma categoría, lo cual resulta imposible de darse en la medida en que el Estado en cuanto sujeto de derecho público implica siempre subordinación y fuerza vinculante unilateral. En la realidad de las cosas, reitera, más que contratos el problema es de actos administrativos. Esta tesis fue expuesta por OTTO MAYER en el año de 1888 en un artículo titulado "Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Verträge", AOR Bd 3 (1888) S.3 ff., citado por HARTMUT MAURER. *Elementos de derecho administrativo alemán*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 132.

previsiones derivadas del concepto de interés público o general que se concreta en la necesaria materialización de los principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva⁷⁴³, lo cual marca de entrada para el concepto, una frontera indiscutible con el contrato propiamente entre particulares, lo cual dicho sea desvirtúa, que la aplicación normativa del derecho privado al concepto de contrato estatal se haga con la misma intensidad con que se hace en las relaciones simplemente entre particulares⁷⁴⁴. Lo cual, sin embargo, no desvirtúa que la norma objetiva derivada de las codificaciones comercial o civil se aplique al fenómeno negocial del Estado pero bajo el espíritu derivado de los principios públicos, donde estos no desvirtúan en manera alguna las obligaciones adquiridas por la administración, esto es, no es el contrato bajo este contexto manifestación alguna de ejercicio de poder por regla general⁷⁴⁵.

El contrato del Estado es así mismo una fuente de obligaciones conforme los parámetros del artículo 1494 del Código Civil, en este sentido su contenido, tal como se desprende de los artículos 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, es estrictamente obligacional y está dirigido inevitablemente a construir, regular o extinguir relaciones jurídicas obligacionales que inciden en la esfera patrimonial de las partes relacionadas, es decir, que son de contenido y carácter indiscutiblemente económico intersubjetivo y, por lo tanto, cumple una función sustentada en este elemento fundamental, de conformidad con las características de cada negocio que se considere conveniente y adecuado a las necesidades fines y propósitos públicos o generales. Por otra parte, por su posición en el marco de las políticas públicas, se puede considerar igualmente que el contrato desde la perspectiva general, configura para el Estado un importante mecanismo macroeconómico⁷⁴⁶.

⁷⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 143 y ss.

⁷⁴⁴ RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, pp. 62 y ss.

⁷⁴⁵ DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 100.

⁷⁴⁶ ARAUJO. *Teoría económica do contrato*, cit., pp. 13 y ss.

En esta dirección y para efectos de este concepto operativo de contrato estatal con sujeción a las categorías de sinalagmático y conmutativo, debemos destacar en consecuencia que resulta predicable de manera directa a los contratos que queden sujetos al concepto su carácter de necesariamente onerosos, en contraposición a los simplemente gratuitos conforme a la clasificación propuesta en el artículo 1497 del Código Civil, lo que implica dentro del concepto propuesto, que las incidencias económicas patrimoniales de las obligaciones pactadas se den en la esfera de ambas partes, generando utilidades para ellas, es decir, como lo destaca la norma indicada, generándose una especie de gravamen de cada parte en beneficio de la otra⁷⁴⁷, situación esta trascendente dentro del esquema conceptual propuesto y fundamento inequívoco de la conmutatividad que manda el artículo 28 de la Ley 80 de 1993.

Se destaca del concepto propuesto otros dos elementos fundamentales para su conformación, cuales son, el de su carácter, por regla general, de recíproco en las prestaciones⁷⁴⁸, al igual que de conmutativos en la relación, que como se advierte, a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales⁷⁴⁹, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista⁷⁵⁰; surge de manera inevitable de las verificaciones

⁷⁴⁷ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., p. 62.

⁷⁴⁸ ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., pp. 241 y ss.

⁷⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001 (MP: RODRIGO ESCOBAR GIL). “[...] el principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa.”

⁷⁵⁰ GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, tomo II, Contratos, Medellín, Díké, 1994, p. 200. “Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la

objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes⁷⁵¹ .

Bajo las exigencias del régimen positivo del contrato del Estado, y de su principio rector del interés público y general, la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad y que adquieren fuerza no por su real equivalencia, sino en la medida en que el artículo 1498⁷⁵² del Código Civil presume la misma en razón de la manifestación voluntaria y de buena fe⁷⁵³ de las partes intervinientes que así lo quieren y expresan⁷⁵⁴ .

Sobre esta base se edifica para el contrato del Estado, por regla general, no solo la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o contratar, sino también su concepción negativa, la de la ruptura o quiebre de esa relación objetiva balanceada con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado, y por

prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado...

⁷⁵¹ ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, tomo II, cit., p. 200. “[...] No ocurre lo mismo en el derecho público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual.”

⁷⁵² Código Civil. Artículo 1498. “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

⁷⁵³ ANTONIO MANUEL DA ROCHA E MENESES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 853 y ss.

⁷⁵⁴ ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., p. 447 y ss.

factores exógenos a las partes del negocio jurídico⁷⁵⁵, teoría ostensiblemente diferente a la del simple derecho privado⁷⁵⁶.

No obstante las anteriores construcciones doctrinales respecto de la conmutatividad propia y particular del contrato del Estado, no desconocemos que en el contrato típicamente privado, la conmutatividad, no obstante fundarse en la concepciones derivadas de la autonomía de la voluntad, también implica un equilibrio de la relación tal como se deduce de los textos legales civiles y comerciales y lo ha sostenido históricamente la doctrina privatista, de aquí, que se identifiquen diversos factores, por lo demás retomados en los códigos Civil y Comercial⁷⁵⁷, que determinan situaciones de ruptura de la conmutatividad en estos contratos, tales como el precio irrisorio, la lesión enorme, violencia generalizada, imprevisión e imposibilidad sobrevenida, desvaloración monetaria, alteración de precios y calidades, salario mínimo, desequilibrio económico por vicio-temor⁷⁵⁸.

Implica el concepto en estudio, de hecho, y en virtud de la sustracción de materia que conlleva la onerosidad y conmutatividad en que soportamos la propuesta, la proscripción necesaria de cualquier destino aleatorio del contrato del Estado bajo este primer supuesto conceptual. La conmutatividad que ordena la ley en el contrato del Estado, bajo los supuestos normativos, principalmente del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, al momento de proponer o contratar riñe en absoluto con el contenido y naturaleza jurídica de todo negocio aleatorio que de por sí implica la sujeción, no a la planeación previa vinculante y obligatoria del negocio y a la fijación de los referentes objetivos de riesgos y costos como presupuestos básicos para garantizar los intereses públicos y generales, sino por el contrario, a la suerte, al devenir incierto y

⁷⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", en RAP, n.º 2, mayo-agosto de 1950.

⁷⁵⁶ Laudo arbitral del 24 de noviembre de 2000, tribunal de arbitramento constituido para dirimir los litigiosos surgidos del contrato MI 100 para la construcción y suministro de equipos electromecánicos para el proyecto de la hidroeléctrica Miel I. Partes: Constructora Edilberto Odebrecht SA; Grupo Mexicano de desarrollo SA; GMD Asea Brown Boveri Ltda.; ABB Sae Sadelimi SPA; Kvaerner Energy AS v/S Sociedad Fiduciaria Anglo SA Fiduango, Fidecomiso Miel I.

⁷⁵⁷ ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, tomo II, cit., p. 200.

⁷⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 200 y ss.

abierto de contingencias en donde no se puede saber a ciencia cierta cuál va a ser el destino patrimonial y económico de las partes involucradas en la relación.

Lo que se quiere en nuestro ordenamiento por regla general no son destinos inciertos y oscuros para el contrato del Estado, o el riesgo absoluto en los negocios públicos, sino por el contrario, la medida, el cuidado, la planeación suficiente, la distribución de riesgos y no el camino fácil de la asunción de responsabilidades y riesgos sin control, en una especie de tránsito a ciegas por penumbras inexploradas.

El contrato del Estado está dominado bajo la regla general de la previsibilidad, lo que hace que se deba negar el paso a cualquier hipótesis de modalidad comercial aleatoria, no solo por atentatoria al interés público en cuanto pone en peligro el patrimonio de la comunidad, sino en cuanto que a partir de la imperatividad de la planeación contractual y de la distribución de riesgos en los términos de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, prácticamente un contrato del Estado que se caracterice por aleatorio estaría viciado de nulidad absoluta por causa ilícita en cuanto desconocería el derecho público de la Nación en los términos del artículo 44 num. 2 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el 1523 del Código Civil, salvo que tratándose de un contrato típicamente unilateral a la luz del artículo 1496⁷⁵⁹ del Código Civil e igualmente gratuito según lo dispuesto en el artículo 1497⁷⁶⁰ de la misma codificación, en donde el riesgo absoluto del negocio sea asumido por el contratista y no por el Estado y a su vez éste no corra con pérdida alguna, pero sí participe de las ganancias, y sea el Estado titular tan solo de utilidades, esto es, bajo hipótesis y escenarios comerciales absolutamente excepcionales.

⁷⁵⁹ Código Civil. Artículo 1496. "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente."

⁷⁶⁰ Código Civil. Artículo 1497. "El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro."

Por otra parte, se puede predicar de los mismos su carácter solemne no solo para su perfeccionamiento y posterior legalización, sino también para la selección de contratistas y, eventualmente, para su ejecución, como cuando se trata de transferir bienes inmuebles o muebles sujetos a registro que según lo ordenando está sujeto a solemnidades y hace del mismo un negocio real, lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los artículos 39⁷⁶¹ y 41⁷⁶² de la Ley 80 de 1993 y en concordancia con el 1500⁷⁶³ del Código Civil.

Por su misma naturaleza, el concepto que nos ocupa de contrato estatal es por principio de acuerdo a las características anotadas un contrato principal, esto es, que tiene existencia y efectos jurídicos por sí mismo. De manera excepcional, para casos específicos que se requiera para el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato principal, el contrato estatal puede ostentar la característica de accesorio, esto es, de instrumento adecuado y necesario para efectuar cualquier operación que requiera una obligación de carácter principal, esto de conformidad con las previsiones del artículo 1499⁷⁶⁴ del Código Civil.

⁷⁶¹ Ley 80 de 1993. Artículo 39. "De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

"Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales."

⁷⁶² Ley 80 de 1993. Artículo 41. "Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

"Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. (Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007)".

⁷⁶³ Código Civil. Artículo 1500. "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento."

⁷⁶⁴ Código Civil. Artículo 1499. "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella."

Se expresa en el concepto expuesto que el mismo se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes⁷⁶⁵.

Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia hacían del contrato propiamente administrativo, el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducían en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con esto fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo. En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el

⁷⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999 (MP: VLADIMIRO NARANJO MESA), en Banco de Datos Jurídicos: “El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general [...]”.

artículo 1501⁷⁶⁶ del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14⁷⁶⁷ de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales al celebrar un contrato se sujetan a un específico principio de legalidad en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades

⁷⁶⁶ Código Civil. Artículo 1501. “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

⁷⁶⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 14. “De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

”1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

”En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

”Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

”2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

”Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

”En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

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

estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista.

Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual “[Se] Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión [...]”.

En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.

El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el

parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.

En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva.

5.2.2. Concepto material pero excepcional de contrato estatal vinculado a la idea de unilateralidad de efectos. Ausencia de reciprocidad. Consecuencias de frente al contrato estatal de concesión

De manera excepcional se debe admitir, en aras de la claridad jurídica, dada la cláusula abierta del artículo 32, inciso primero de la Ley 80 de 1993, que la administración puede celebrar cualquier tipo de contrato, incluso los que a la luz del artículo 1496 del Código Civil se catalogan como de efectos unilaterales, hipótesis que nos puede llevar a reconocer la presencia de contratos como los de comodato o depósito como estatales, esto es, que la reciprocidad propia de los negocios sinalagmáticos puede no ser absoluta en los contratos estatales y, por lo tanto, frente a esta situación, el concepto de contrato a proponerse debe matizarse de tal manera que retome esta hipótesis perfectamente válida para la contratación pública colombiana.

SEGUNDA PARTE
LAS INCIDENCIAS DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN LA SUERTE DEL
CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN DE SERVICIOS
PÚBLICOS

CAPÍTULO I
IMPACTOS DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL CONCEPTO DEL
CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN DE SERVICIOS
PÚBLICOS

El concepto de contrato propuesto se ubica en la base de los diferentes modelos y tipos de contratos del Estado con las variaciones y modalidades que de manera particular para cada uno de ellos hubiere necesidad de desarrollar con el propósito de lograr sus cometidos negociales. En tratándose de la figura concesional esta articulación resulta por lo demás interesante, no obstante que por su misma naturaleza la figura concesional conlleva algunos elementos adicionales, esenciales para su configuración.

I. APROXIMACIONES A UN CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS BAJO LOS PARÁMETROS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Bajo las anteriores consideraciones abordar la problemática conceptual del contrato de concesión de servicios públicos, no es una tarea fácil en el derecho nacional, dada la amplitud con que el legislador efectuó su descripción, y los dilatados márgenes de discrecionalidad técnica, de planificación y de apreciación con que dotó a la administración, no solo para determinar su procedencia en un momento dado, sino también, y este resulta ser su rasgo

más importante para su estructuración y definición de contenido en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad⁷⁶⁸.

Nos encontramos ante un modelo de negocio, que si bien es cierto, se ubica dentro de los pocos que tienen una descripción normativa en la ley, al fin y al cabo hace parte de los contratos que por excepción el legislador tipificó en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, su tipificación de poco o de nada sirve en procura de una detallada, cierta y objetiva aproximación conceptual en torno a la figura; todo lo contrario, nos encontramos ante una anormal nominación negocial, que lo único que hace es destacar precisamente las características de abierta e impredecible de la institución; modelo en blanco llamado a ser cargado en todos sus aspectos por la administración en cada caso concreto, no de manera arbitraria, sino siempre en la perspectiva del interés general, esto es, de manera planificada, razonada, proporcional y si es del caso, ponderando los principios fundamentales que eventualmente puedan entrar en conflicto al momento de adoptar la mejores decisiones en la materia.

Lo único cierto de la maraña descriptiva del derecho positivo nacional en relación con este asunto, es que a través del contrato de concesión de servicios públicos, el Estado diseña, proyecta y ejecuta actividades que son de su titularidad, que le pertenecen, que ni la constitución, ni el legislador le han cercenado a través de procesos privatizadores o liberalizadores, y que a partir de consideraciones de conveniencia, oportunidad o merito, resuelve hacerlo de manera indirecta, según se lo permite y hace viable el inciso segundo del artículo 365 constitucional, desagregando de esas actividades de las que es titular, los componentes que considere necesarios y adecuados para ser ejecutados por el concesionario por su cuenta y riesgo, pero bajo su inmediata supervisión y control⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., pp. 219 y ss.

⁷⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 1996. “[...] El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales. Derivado de su naturaleza eminentemente

El concesionario debe asumir, de conformidad con lo razonado en la estructuración, los riesgos propios de su gestión que le hubieren sido asignados de manera proporcional y razonable.

La concesión no configura de ninguna manera un desprendimiento absoluto de la actividad por el Estado, este continúa siendo titular de la misma, por adscripción normativa superior. Razón elemental y más que obvia para suponer, que el Estado, tiene el deber de ejercer la permanente vigilancia y control del contrato, lo cual se justifica en cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público a nombre del Estado para la comunidad. Por su misma naturaleza, la iniciativa privada del concesionario y el ejercicio de instrumentos propios de su carácter de privado para el ejercicio de las actividades contratadas, está sujeto y subordinado por la ley, al control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio. Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos⁷⁷⁰.

Bajo esta lógica y a partir de un estudio sistemático de los artículos 365 Constitucional, 32 num. 4 de la ley 80 de 1993 y 30 y siguientes de la ley 105 de 1993 se tiene que continúan siendo de titularidad estatal, y por lo tanto son de su libre disposición, para su ejecución por los órganos públicos administrativos, las actividades relativas a obras públicas, infraestructura y los servicios públicos no liberalizados o privatizados; determinando el Estado autónoma y discrecionalmente, de ser el caso, no asumir directamente su explotación económica, la prestación del servicio, o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o

administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes [...]"

⁷⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 1996.

gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia. El particular obtiene, por esta vía autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público⁷⁷¹, pudiendo ser titular incluso de manera excepcional de funciones públicas administrativas para estos efectos, en los términos de la ley^{772 773}.

Así las cosas, y de conformidad con el artículo 32 num. 4 de la ley 80 de 1993, son de titularidad estatal por adscripción legal las actividades relativas a la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, no liberalizado o privatizado, al igual que, 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. En Colombia, son en consecuencia de titularidad estatal los objetos que tradicionalmente la doctrina identificaba como propios y naturales a los denominados contratos de concesión de obra y contrato de concesión de servicios públicos.

A lo anterior habría que agregar, según las explicaciones ofrecidas en la primera parte del presente trabajo, que de manera extraordinaria, también serían de titularidad pública, temporal o definitiva, según el caso, las actividades de servicios públicos que no obstante su liberalización o privatización, en razón de la activación de la garantía del servicio público universal, las autoridades competentes hagan obligatoria para el Estado o cualquiera de sus entidades territoriales, ante la inexistencia de operadores privados que se arriesguen a su prestación dadas las falencias del mercado.

En desarrollo del anterior marco normativo y conforme a la caracterización señalada, podemos destacar, que el contrato de concesión de servicios públicos, es definitivamente un contrato típico o nominado de carácter estatal,

⁷⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 9 de diciembre de 2004. Exp 27.921.

⁷⁷² Constitución Política de Colombia. Artículo 210.

⁷⁷³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 9 de diciembre de 2004. Exp 27.921. “[...] 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 [...]”

con objeto pluricomprendivo en asuntos de obra pública, servicios públicos y materias aledañas, a través del cual el Estado, diseña para el interés público proyectos trascendente, entre otros los de infraestructura⁷⁷⁴; elaborando para el efecto, a través de procesos de planeación previa del negocio, modelos económicos y financieros que soportados en elementos de tiempo y recaudo, u otras metodologías libremente adoptadas, los viabilicen, garanticen los intereses generales y permitan determinar con certeza la adecuada, necesaria y oportuna remuneración al concesionario⁷⁷⁵.

En este sentido debemos entender que los concesionarios son por lo general inversionista, con derechos e intereses indiscutibles en torno a la recuperación o retorno de inversiones y ganancias adecuadas, proporcionales y suficientes en los términos del mercado y del interés general, lo que nos lleva a reconocer, en el contrato de concesión su carácter heterogéneo y articulador de intereses públicos y privados, bajo los designios del interés general.

Al respecto, tanto el artículo 32 num. 4 de la ley 80 de 1993 en concordancia con la ley 105 de 1993 disponen que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización y demás fórmulas y mecanismos financieros que de acuerdo con la discrecionalidad técnica de la administración se recomienden y adopten. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido, - garantía a la inversión -.

⁷⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 9 de diciembre de 2004. Exp 27.921. “[...] Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato [...]”

⁷⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 1996. “[...] Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia [...]”

Situación ésta de por sí significativa, si entendemos que con la tipificación del modelo del contrato de concesión de servicios públicos, jurídicamente se encomienda a un concesionario, la realización de obras o la prestación de servicios, bajo esquemas de derecho administrativo, con la posibilidad incluso de cumplir determinadas funciones públicas, pero con expectativas de lucro por el concesionario y de satisfacción de necesidades públicas por el concedente. Se trata por lo tanto, de un modelo amplio y por lo demás discrecional, vinculado al desarrollo efectivo de políticas públicas dentro del ámbito de la libertad económica, en últimas, exclusivamente regulados por los términos y cláusulas pactadas en el negocio; y por las normas que desde el punto de vista legal rijan para el bien, obra pública o servicio público correspondiente, las cuales no pueden ser modificadas, por las partes, dado su carácter de orden público. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales -que son objeto del acuerdo de las partes -, de los normativos del servicio - que corresponden siempre a la entidad pública

- 776 .

Adicionalmente, por su naturaleza y características el contrato de concesión de servicios públicos, es de por sí un contrato que rompe con la dogmática tradicional de los contrato conforme a las construcciones del individualismo jurídico. La concesión involucra intereses y derechos claramente colectivos, esto es, de titularidad en cabeza de la comunidad, que es en últimas, la destinataria de la prestación concesionada; intereses estos en permanente interrelación con los derechos e interés subjetivos del concesionario, y por qué no decirlo, con los mismos intereses subjetivos que le puedan asistir al Estado en cuanto sujeto de derechos, y responsable directo en derecho de que las obligaciones del negocio se cumplan por el concesionario de acuerdo a lo pactado. La figura concesional nos introduce por lo tanto por los senderos de una interesante trilogía obligacional, de derechos e intereses, todos ellos exigibles.

⁷⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 1996.

Dada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo del negocio⁷⁷⁷. En estos contratos, 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, con las limitaciones que para efectos de los desarrollos en materia de infraestructura establece la ley 105 de 1993⁷⁷⁸.

Esto significa que el estudio de la concesión, como de las demás modalidades contractuales del Estado, implica aceptar su ámbito integrador de conceptos y principios tanto de derecho público como privado en algunos casos extraños entre sí pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario, brindando en consecuencia respuestas a los fenómenos propios del consentimiento, y de la autonomía de la voluntad⁷⁷⁹, que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de éstas y los particulares, donde lo característico es el predominio del

⁷⁷⁷ *Ibíd.* “[...] Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión [...]”

⁷⁷⁸ Ley 105 de 1993 Artículo 32.

⁷⁷⁹ Exposición de motivos del proyecto de Ley 80 Senado: “[...] El proyecto ley a que se viene aludiendo busca, entonces, devolver al contrato estatal las connotaciones que le son propias. Para lograrlo necesariamente se tiene que partir de las dos premisas a las cuales ya se ha hecho referencia y que servirán de marco frente a cualquier legislación ulterior. Se trata como ya se ha indicado, del postulado de la autonomía de la voluntad y del interés público que encierra la negociación estatal. [...] El proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esa razón se reconoce en los artículos 13 y 34 del proyecto la plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual. [...] En particular esta remisión obedece al reconocimiento del principio de la normatividad de los actos jurídicos, corolario indefectible del postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual las manifestaciones de voluntad de los contratantes se transforman en ineludibles normas jurídicas, las que incluyen el sello de obligatoriedad de sus propios actos. ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes’ establece el artículo 1602 del Código Civil, en el cual se plasma el poder vinculante del acuerdo contractual. De ese principio se desprende la invocación genérica que se hace de las normas comerciales y civiles en sus distintas manifestaciones, es decir, en primer término de las normas imperativas, que contienen disposiciones de orden público, y en segundo lugar de las normas supletivas cuyo propósito es regular las actividades cuando los contratantes no han determinado las reglas a las que se someterán o lo han realizado de manera defectuosa o insuficiente.”

interés general, pero con desarrollos y reconocimiento del derecho privado, sobre todo bajo criterios de economía de mercado. Del anterior contexto se desprenden los siguientes principios y reglas básicas para la debida estructuración del contrato de concesión de servicios públicos en aras de su consolidación conforme a las bases del Estado social y democrático de derecho:

II. PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES PARA LA RECONDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ESTRUCTURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS BAJO LOS PARÁMETROS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Se ha destacado por la doctrina, que de la redacción de las normas contentivas de la concesión en el derecho nacional, se desprende algunas especiales y peculiares característica en relación con su estructuración: la de su carácter plural, abierto y mixto en prácticamente todos sus componentes; y el de las amplias facultades que en este sentido le han sido asignadas a la administración, lo cual significa de manera clara y sencilla que la actividad pública en relación con el contrato en cuestión se involucra sustancialmente en la problemática relativa a las decisiones discrecionales.

En este sentido, se observa que los componentes estructurales de la descripción legal del contrato en cuestión, son por esencia, plurales y abiertos, susceptibles de cualquier direccionamiento y decisión por la administración para su proyección en provecho de los intereses generales, determinando todas las actividades relativas a obras públicas y a los servicios públicos requeridos en aras del bienestar general, con todo lo que esto implica desde la perspectiva funcional y financiera.

No se trata, por lo tanto, de un contrato reconducido y determinado objetivamente por la normatividad contractual. El legislador simplemente lo ha configurado bajo amplios parámetros de libertad, esencialmente indicativos, dejándole a la administración su concreción y ordenación específica, con el propósito de vincular mediante procesos participativos a la ciudadana en la ejecución de grandes proyectos de servicios, obras e infraestructura en la dinámica misma de la economía de mercado y bajo la consideración de la precariedad siempre latente en los presupuestos públicos en cuanto a recursos económicos se refiere, para el desarrollo de proyectos constructivos de envergadura e importancia.

El carácter abierto de la descripción legal del contrato es también palpable e indiscutible en cuanto a lo genérico de las actividades que pueden quedar comprendidas para efectos de las obras o servicios contratados por esta modalidad contractual, lo que le permite a la administración diseñar los negocios adecuados a sus necesidades sin límites materiales normativos, tan solo determinadas por el bien común. Lo que se observa del contexto normativo en la materia, es que los límites del negocio se plantean es en la estructuración del mismo y no en su fuente legal.

De este contexto problemático y en procura de reconducir cualquier posibilidad de arbitrariedad de la administración en ejercicio de esta amplia s facultades discrecionales se considera fundamental que cualquier proceso de estructuración concesional se sujete a los siguientes principios y reglas:

1. SUJECCIÓN DE LA ACTIVIDAD ESTRUCTURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN AL PRINCIPIO DEL INTERÉS GENERAL

Es indudable que para el manejo de los asuntos públicos el contrato estatal constituye principalísimo instrumento de inmensurable complejidad jurídica; y por lo tanto, de supremo cuidado y atención por todos los sujetos que tienen competencia para su planeación, selección, operación, ejecución y liquidación. Exige, como todas las cosas públicas, un especial manejo de sus presupuestos

conceptuales y normativos, con el propósito de que en su aplicación no se desconozca el estricto régimen jurídico diseñado por el legislador y, al igual que con la puesta en marcha de procesos contractuales, no se afecte el interés general ni se atente contra el patrimonio público o se pongan en entredicho el Estado social de derecho y el principio de legalidad.

Por estas razones, a partir de la Constitución Política se determinan parámetros y principios tendientes a crear los contrapesos indispensables frente a la administración pública, con el fin de evitar y sancionar los desmanes de los diferentes sujetos relacionados con el contrato estatal que puedan ocasionar perjuicios a la sociedad, al Estado, a los bienes públicos, al interés general y a los recursos económicos públicos que se manejan a través de los negocios jurídicos del Estado.

El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado, incluso se puede considerar el motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse, ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato, o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal⁷⁸⁰.

En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo

⁷⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999. Puede consultarse igualmente JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 90.

que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico⁷⁸¹. En esta dirección, reconocemos para las relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general, el cual, en palabras de Luciano Parejo, “... se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos; es decir, a las organizaciones estatales (o las designadas por éstas) en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados”. Lo anterior, sin negar su significado amplio en cuanto rector de la totalidad de las actividades de las funciones públicas y no sólo de las administrativas⁷⁸².

Como lo advierte la Corte Constitucional, “... es claro que la actuación de los servidores públicos llamados a intervenir en el proceso contractual en cualquiera de sus fases (precontractual, de celebración, ejecución y terminación) se encuentra sometida al respeto del interés general, y que toda actuación de dichos servidores que se desvíe del cumplimiento de los fines estatales establecidos de manera general en la Constitución así como de aquellos determinados por el legislador y por la propia administración en cada

⁷⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003. “La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1 superior se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 de la Constitución Política señala que ‘la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...’. Añade también que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso segundo de esta misma norma, indica con claridad lo siguiente: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés’.”

⁷⁸² PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo*, vol. I, Barcelona, Ariel, 1998, p. 607.

caso concreto constituye una actuación indebida que evidencia el abandono por ese servidor de sus obligaciones y deberes como servidor público [...]”⁷⁸³.

La Constitución colombiana recoge de manera amplia el anterior postulado fundamental de la actividad pública nacional, no sólo a partir de su preámbulo, sino también, de manera expresa, en el artículo 1º, al destacar su carácter prevalente dentro de los principios rectores del Estado. Así como en el artículo 2º, al darle contenido de fin esencial o de propósito supremo del Estado, en el sentido de que a partir de su materialización se debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en el artículo 58, al otorgarle primacía sobre los intereses particulares; en el artículo 123 inciso 2º, al determinar y aclararle definitivamente a la totalidad de los servidores públicos de todos los niveles que se encuentran a su servicio, con el fin inobjetable de que su acción se proyecte sobre la comunidad. Por último, en el 209, al elevarlo a principio rector, específicamente de la función administrativa y, reiterar que en su aplicación práctica implica y significa, nada menos, que esta función en su totalidad, sin ninguna excepción, está destinada constitucionalmente al servicio de los intereses generales⁷⁸⁴.

Los anteriores postulados fueron retomados por el legislador en la Ley de Contratación Pública (art. 3º Ley 80 de 1993), al definir los fines de la contratación estatal, destacando que los contratos que celebre el Estado no pueden tener propósitos diferentes que el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la atención y

⁷⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003.

⁷⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999. “Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Es por ello que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso segundo de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones...’”.

satisfacción de las necesidades colectivas. Así mismo, este ordenamiento reitera a los particulares que se relacionen contractualmente con la administración que el contrato estatal no es tan sólo una fuente de utilidades, sino una forma para lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista en el Estado colombiano⁷⁸⁵.

La Corte Constitucional, al ocuparse de manera general del tema, hace énfasis que la consagración del principio y su correspondiente acatamiento estricto por parte de las autoridades y de los asociados, implica necesariamente conflicto u oposición entre los intereses de la comunidad y de los particulares. Es justo a partir de esta circunstancia que adquiere importancia institucional el interés general para el contrato, en la medida en que conlleva en si mismo reproche, no aceptación de cualquier posibilidad de que los intereses individuales o particulares de un servidor público, del contratista o de cualquier persona puedan determinar la estructuración del contrato, el sentido mismo del negocio, su régimen financiero, la escogencia del contratista, la celebración del contrato, la ejecución del mismo, su correspondiente liquidación etc. Cualquier ruptura del interés general en el contrato en favor del interés particular implica el surgimiento de vicios en la legalidad del mismo⁷⁸⁶, la degeneración del derecho por los causes espurios del desvío de poder.

Lo anterior resulta de la mayor importancia cuando se pretende articular los principios propios del derecho administrativo con los que surgen a propósito de

⁷⁸⁵ JORGE BENDECK OLIVELLA. "Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993", en *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992: "Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados".

⁷⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992. "En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general".

la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado, como sucede en el caso específico de la autonomía de la voluntad, de la libertad económica, del *pacta sunt servanda* o de la igualdad. En estos eventos, la amplitud que dichos principios puedan tener en la esfera del derecho privado se ve aminorada en la medida en que éstos deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad, del conglomerado, los cuales sin duda en muchos casos son diferentes a los de las personas individualmente consideradas.

2. SUJECCIÓN DE LA ACTIVIDAD ESTRUCTURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PLANEACIÓN

El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.

De esta relación normativa se concluye sin mayores esfuerzos que la idea central del constituyente de 1991 y del legislador al establecer los parámetros para los contratos de las entidades estatales fue la de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos.

En esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

Los elementos enunciados en el concepto operativo de contrato estatal desarrollado en el epílogo de la primera parte de este trabajo, no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado,

pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, esto es, si no se ajusta el mismo al desarrollo y aplicación adecuada y cabal del denominado principio de la planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado, en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato Estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales⁷⁸⁷.

⁷⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. “[...] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales⁷⁸⁸.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del

⁷⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. “[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de *planeación*, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; *planeación* asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional – artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007 [...]”

derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación, deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

2.1. Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio de la planeación bajo consideraciones contenedoras de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados

Si bien es cierto que en el concepto operativo de contrato estatal propuesto, hemos incorporado la figura de la actividad discrecional de la administración como determinante de la estructuración y contenido del respectivo negocio⁷⁸⁹, se debe admitir, de todas maneras, que su aplicación al fenómeno contractual, es de por sí compleja, en la medida en que las bases legales que soportan su referencia doctrinaria nos llevan por senderos diversos de la institución, reconociendo en consecuencia, que su rigurosa aplicación conceptual puede verse matizada por la necesaria presencia en las bases legales de la estructuración de los negocios estatales, de redacciones normativas que incitan a efectuar consideraciones, en torno a fenómenos como los de la actividad administrativa sujeta a la configuración de conceptos jurídicos indeterminados⁷⁹⁰, en lo que la doctrina clásica del derecho administrativo, reconoce como la presencia combinada de facultades discrecionales y de

⁷⁸⁹ PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 964.

⁷⁹⁰ En torno a los dos conceptos puede consultarse KART ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 205 y ss.

atribuciones derivadas de conceptos jurídicos indeterminados, esto es, de amplitud y subjetividad para adoptar una solución o decisión entre muchas posibles, pero también la de materialización de contenidos no definidos para llegar a una misma solución en la definición de las bases sobre la cual se efectuara la contratación pública, decisiones estas que son de la órbita de la administración ⁷⁹¹.

Problema que bajo los presupuestos del moderno derecho administrativo, el sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho se viene entendiendo a partir de una reconsideración del fenómeno discrecional, como la presencia de un habilitación a la administración para la concreción del derecho y no tanto un fenómeno de libertad de selección, más bien un asunto ligado de manera estrecha con las metodologías constitucionales de la proporcionalidad y ponderación ⁷⁹², en procura de la obtención de decisiones administrativas de profundo contenido material verdaderamente razonadas, justificadas, motivadas en todos sus aspectos.

Ahora bien, en cuanto a la discrecionalidad propiamente se refiere, la misma la hemos referido en el concepto propuesto en relación con la potestad decisoria para la cual está habilitada legalmente la administración en el marco jurídico estatal tendiente a la definición de la estructura y contenido de los contratos estatales, en este sentido, reconocemos que estas actividades no están absoluta o plenamente regladas en la normatividad base de la contratación pública, muchos menos en la civil o comercial que por remisión le resulta ser aplicable a estos fenómenos ⁷⁹³.

⁷⁹¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., p. 80.

⁷⁹² ARROYO JIMÉNEZ. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 48.

⁷⁹³ La potestad es reglada en los casos del cumplimiento estricto de las exigencias normativas completas, determinadas agotadoramente por las normas superiores. La norma determina al extremo, agotando el contenido y supuestos de su operancia, constituyendo un supuesto normativo completo y una potestad aplicable, absolutamente definible en términos y consecuencias. En tratándose de las autorizaciones producto de este ejercicio del poder administrativo, la administración reduce significativamente su capacidad de apreciación subjetiva, limitándose a la mera constatación o verificación del cumplimiento de las exigencias, definidas agotadoramente y con carácter imperativo en la norma. Tendientes a liberar el ejercicio de una actividad o derecho en las condiciones vinculantes y obligatorias de la norma correspondiente, por el particular-administrado. La doctrina expone como caso tipo de las

El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública, una relativa libertad de estimación conformadora para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos, decisiones que necesariamente para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, deben ser razonadas y motivadas, expresando las razones que le sirven de fundamento a la decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldada y justificada en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión escogida^{794 795}, lo que en Colombia se retoma adecuadamente en los denominados estudios previos que de manera imperativa deben efectuarse con la debida anticipación a la apertura de los procesos de selección de contratistas en los términos de los artículos 25 n.º 6,7 y 12⁷⁹⁶; 30 num. 1 y 2⁷⁹⁷ de la Ley 80 de 1993 y 3⁷⁹⁸ del Decreto 2474 de 2008.

licencias sujetas a potestades regladas, las de carácter urbanístico en especial las de construcción, que están sujetas a la legalidad estricta, contenida en las normas superiores territoriales, urbanísticas y en especial en los planes de ordenamiento territorial, en donde la actividad de la administración se agota exclusivamente en la confrontación de la mismas, con el proyecto a ser desarrollado por el interesado, con el propósito de verificar y controlar el respeto y acatamiento de las condiciones requeridas en dichas normas.

⁷⁹⁴ TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 82 a 89.

⁷⁹⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., pp. 31 y ss. Puede consultarse del mismo autor: "Ponderación y actividad planificadora de la administración", en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 118. Lo anterior es natural en todo proceso administración que implique planificación. De manera clara sostiene el profesor RODRÍGUEZ DE SANTIAGO que "[...] El punto de partida es, por una parte, que no es concebible la planificación (en la ordenación del territorio, el urbanismo, las carreteras, o las aguas continentales, etc.) sin que se otorgue a quien ha de decidir sobre ella un amplio margen de libertad conformadora. Por otra parte, sin embargo, es evidente que libertad conformadora y sujeción a la ley se encuentran en una tensión de principio [...]". El sometimiento a la ley de la administración conformadora, es decir, la administración poseedora de habilitación para actuar a través de la discrecionalidad, se hace no a partir de una base normativa reglada, sino mediante normas que simplemente orientan el ejercicio de esa competencia en procura de los fines esperados, normas orientadoras –principios– que generalmente se encuentran en tensión unas con otras.

⁷⁹⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 25. "Del principio de economía. En virtud de este principio: [...]"

"5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten. 6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales [...] 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones."

El legislador, salvo casos excepcionales, interviene definiendo para determinados eventos disposiciones necesarias y obligatorias de los contratos del Estado, como ocurre en el caso de la definición del tipo de sujetos que pueden intervenir en el mismo, los recursos involucrados, los marcos definidores del valor del contrato como ocurre al indicar que el mismo se sujeta a los parámetros del mercado, etc., en lo demás, es claro que todos los elementos, cláusulas, disposiciones que correspondan de conformidad con el tipo de contrato seleccionado para atender las necesidades públicas está sujeto a una amplia regla de discrecionalidad, a una amplia facultad habilitante de competencia decisional a cargo de la entidad responsable del proceso contractual, agotable a través de procesos de planeación, de los cuales surjan decisiones adecuadas a la problemática, debidamente sustentadas.

⁷⁹⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 30. “De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuara conforme a las siguientes reglas:

”1. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad. 2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras completas.”

⁷⁹⁸ Decreto 2474 de 2008. Numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. “Los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone. Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos: 1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación. 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar. 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección. 4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración. 5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto. 6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. 7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular [...]”

En Colombia se va mucho más allá de la mera técnica, en cuanto al ejercicio de la habilitación propia de toda facultad o atribución de carácter discrecional, se incursiona por senderos jurídicos, económicos, sociales, políticos, se seleccionan opciones, se crean condiciones tendientes a hacer viables los negocios, etc., así como también se analizan y distribuyen riesgos en fin componiendo un amplio campo de edificación y construcción administrativa en torno a la definición de las bases del negocio con el que se espera atender las necesidades públicas, previa definición de la conveniencia y oportunidad del contrato que si bien no es una característica de lo discrecional, si constituye una actividad vinculada básicamente a la definición del momento para la adopción de la respectiva decisión contractual⁷⁹⁹.

Al respecto los artículos 25 num. 12, 26 num. 3⁸⁰⁰, 30 num. 1, 40 de la Ley 80 de 1993, 4 de la Ley 1150 de 2007, 3 del Decreto 2474 de 2008, asignan una amplia facultad discrecional a las entidades públicas para que conforme a los postulados de los Códigos de Comercio y Civil, específicamente al artículo 1501 del código civil, y respetando el marco normativo de la misma ley de contratación pública, determinen lo que puede ser de la esencia, naturaleza o inclusive lo meramente accidental de cualquier contrato en que esté interesada la administración, asunto este que necesariamente debe quedar definido con la debida anticipación dentro de los procesos de planeación del correspondiente negocio.

Así mismo, es del ámbito de la planeación, por lo tanto del diseño posible y adecuado del negocio, lo referente a la definición de las modalidades, condiciones, cláusulas y de todo tipo de estipulaciones, al igual que las demás reglas y normas que se considere importante incorporar al mismo relativas

⁷⁹⁹ CASSAGNE. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006, tomo II, pp. 222 y ss.

⁸⁰⁰ Ley 80 de 1993. Artículo 26. "Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: [...]

"3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos."

entre otras cosas con la determinación de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, la oportunidad y mérito del mismo, la determinación de las características jurídicas, técnicas, económicas, financieras, del negocio, su valor, conformación de pliegos, reglas específicas de participación en los términos de la ley, factores de selección conforme a los parámetros legales, análisis para la tipificación, identificación y distribución de riesgos del negocio, reglas para definir la situación de usuarios, destino de bienes públicos, afectaciones a derechos e intereses y todos los demás que se relacionen de alguna manera con el modelo negocial escogido para el caso concreto.

Significa lo anterior, que la administración competente goza para el caso de los contratos estatales, fundamentalmente en lo relativo a la estructuración del negocio, por lo tanto, de la definición de su contenido de una amplia y clara facultad discrecional, sujeta a los parámetros de la ley de contratación pública y las normas de los Códigos Civil y Comercial, pero también, de los juicios técnicos, financieros, económicos, de conveniencia y oportunidad necesarios y oportunos, para demarcar el contenido de los mismos, lo anterior en la medida en que el marco de posibilidades de negocios del Estado frente a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 es prácticamente infinito, resultando imposible una definición de contenido homogénea para todos ellos, y sobre todo, teniendo en cuenta que cada contrato debe corresponder a una necesidad diversa, sería imposible establecer un mismo rasero para todos los contratos públicos, de aquí la necesidad de reconocerle a la administración esta facultad amplia y discrecional de hechura del contenido del negocio, eso sí, como lo establece el artículo 40 de la ley 80 de 1993 y lo hemos reiterado a lo largo de este estudio, de todas maneras limitada la facultad, de ninguna manera absoluta, sujeta a los marcos conceptuales, de principios y reglas constitucionales, legales, al orden público, a los propósitos de la buena administración y fundamentalmente por el interés público y general.⁸⁰¹

Bajo estos argumentos, no compartimos en consecuencia las tesis de quienes pretenden negar espacio a las facultades discrecionales de la administración

⁸⁰¹ SÉRVULO CORREIA. *Legalidade e autonomia contractual nos contratos administrativos*, cit., pp. 458 y ss.

en la estructuración de sus negocios. Las consideraciones de mérito y oportunidad del mismo, la apreciación de circunstancias especiales y singulares, resultan inevitables bajo los contextos del Estado social y democrático de derecho, para la adopción de decisiones coherentes con la realidad fáctica que deba enfrentar la administración con sus contratos. La norma no tiene la virtualidad de disponerlo y comprenderlo todo. La gran responsabilidad de la administración a través de la discrecionalidad es satisfacer los propósitos del Estado social de derecho, que van más allá de la simple legalidad estricta⁸⁰².

Así vista, la discrecional contractual opera en los eventos, en que la potestad administrativa para su ejercicio estructurador, por permisión normativa el operador estima, en los procesos de aplicación de la normas, las condiciones y el contenido del cuadro de exigencias normativas y adicionalmente todas aquellas otras necesarias para que el negocio adicionalmente se adecue a los propósitos y finalidades de los principios rectores del Estado social de derecho. La norma determina algunas de las condiciones para el ejercicio de la potestad, permitiéndole a la administración que configure el resto de las condiciones, o bien en lo relacionado con la integración última de los supuestos de hecho para su operancia, o en cuanto a su contenido conforme a los presupuestos indicados en ella misma, o en ambas hipótesis.

Frente al tema de las facultades discrecionales de la administración en la estructuración del negocio y en la definición del contenido del contrato, el ejercicio de la potestad administrativa bajo estas condiciones implica irremediablemente la sujeción, en todo caso, al texto de la norma

⁸⁰² PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit. PAREJO ALFONSO, quien reacciona contra algunos de los planteamientos radicales de TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, en especial los relacionados con el alcance del control judicial sobre los actos discrecionales, no se aparta sustancialmente de lo expuesto por este autor⁸⁰². Sostiene la necesidad de reivindicar el concepto de la discrecionalidad administrativa dentro del actual Estado de derecho, en la medida en que si la ley formal no garantiza plenamente la actuación de la administración, a ésta le corresponde actuar para lograr plenamente el cumplimiento de los cometidos asignados dentro del Estado social de derecho. En este sentido, propone que a través del ámbito de la discrecionalidad se realicen los valores superiores del Estado de derecho, procediendo siempre al ejercicio del control judicial, no obstante adquiriría en estos casos especiales connotaciones por cuanto la decisión judicial no podría reemplazar la administrativa si se trata de potestad reglada.

correspondiente, sea la ley 80 de 1993, la 1150 de 2007, la legislación civil o comercial y la multiplicidad de normas reglamentarias de todas ellas, esto, sobre la base de que no estamos ante el ejercicio de un poder absoluto y arbitrario del sujeto administrador, sino por el contrario, de potestades sujetas al marco del derecho.

La estimación permitida a la administración debe ser necesariamente de origen normativo y no extra jurídico, de carácter parcial, que no implique un traslado total de la facultad configuradora de la potestad administrativa discrecional a la administración. En esta dirección, para la procedencia de la autorización correspondiente, debe la norma como mínimo haber definido la existencia de la potestad a ser desarrollada por la administración, su extensión, el marco de la competencia de la administración para desarrollarla y la finalidad de su ejercicio bajo estas condiciones.

La discrecionalidad, en consecuencia, no es otra cosa que una hipótesis de remisión normativa, a criterios adicionales de la administración, para efectos de complementar el cuadro regulatorio y de condiciones para el ejercicio completo de la potestad en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias y condiciones que lo rodean y tipifican, siempre dentro de los senderos del derecho⁸⁰³. En palabras de García de Enterría y Fernández, la facultad discrecional de la administración no es otra cosa que, "... un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la administración ejecutora..."⁸⁰⁴

El estudio del fenómeno de la discrecionalidad frente a las decisiones contractuales resulta importante y trascendente abordarlo simultáneamente y

⁸⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-734 de 2000*. "[...] *La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional [...]*".

⁸⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 446 a 450.

con especial referencia a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre la cual se han debatido diferentes sectores doctrinales⁸⁰⁵, pero que para efectos del presente trabajo sintetizaremos operativamente indicando que guarda una relación inevitable con el ámbito de la estimación y valoración con la discrecionalidad, lo cual no pocos problemas plantea desde la perspectiva doctrinal, sobre todo para entender el ámbito de procedencia de cada una de las figuras⁸⁰⁶.

Aspecto este, que algunos sectores de la doctrina resuelven (sobre todo quienes se apartan de la discrecionalidad como concepto único⁸⁰⁷) destacando, que mientras el poder discrecional de la administración aparece vinculado a la gama de posibilidades de las consecuencias jurídicas de una norma, el concepto jurídico indeterminado se localiza al lado del tipo de regulación legal, en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar, para el caso concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del caso⁸⁰⁸.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma.

⁸⁰⁵ HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 203 y ss.

⁸⁰⁶ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 220. La diferencia entre actividad discrecionales, reglada y conceptos jurídicos indeterminados no es pacífica en la doctrina. Algunos sectores prefieren desarrollar la simple teoría de la discrecionalidad con diferentes matices e intensidad, entendiéndolo por tal, “[...] una simple facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado. Es más, rompiendo las diferencias teóricas entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, se sostienen que la discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada así mismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tiene su origen tan solo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico [...]”

⁸⁰⁷ Véase nota anterior.

⁸⁰⁸ MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., pp. 54 y ss.

En los conceptos jurídicos indeterminados, opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.)⁸⁰⁹.

De todas maneras y no obstante su generalidad, lo cierto resulta ser, y así se acepta por la doctrina, que en la norma se intenta delimitar supuestos específicos (esfera de realidad), a partir de los conceptos abstractos invocados, algo difícil (y que consolida lo indeterminado del concepto), dada la ausencia de rigurosidad de los términos invocados, que impiden su cuantificación o

⁸⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 30 de noviembre de 2006; radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; expediente número: 18059. Se entiende para la corporación como concepto jurídico indeterminado, “[...] Como la composición del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado –cuando menos en principio– de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados [...] En este punto es necesario referir cuál es la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que ello permitirá comprender los alcances de las posturas doctrinales que o bien los diferencian, ora los aproximan a la discrecionalidad administrativa. La doctrina parte de la base de acuerdo con la cual en los conceptos jurídicos indeterminados existe siempre, junto a una o dos zonas de certeza, una zona o un halo de incertidumbre o de vaguedad en el que el concepto no permite discernir si es o no aplicable a los objetos comprendidos en ella. De manera que si se intenta verificar a qué supuestos fácticos puede aplicarse un concepto jurídico indeterminado en particular, se encontrará que algunos casos indiscutiblemente estarán cubiertos por él (caerán en su zona de certeza positiva), otros indubitablemente no lo estarán (quedarán comprendidos en la zona de certeza negativa) y en medio de ellos, se ubicará un terreno en el que se mueven los supuestos dudosos (el denominado halo del concepto) [...] Esta explicación de la noción es muy similar a la efectuada por Sainz Moreno respecto a la indeterminación de los conceptos. El autor recurre a la figura de los dos círculos concéntricos, representando el interior la zona de certeza positiva, el exterior la de certeza negativa y la zona ubicada entre los dos círculos, la de indeterminación aunque, claro, «las líneas de ambos círculos son también borrosas».

determinación, razón por la cual, de todas maneras, queda en manos de la administración definirlos y concretarlos, en aras de la aplicación lógica y coherente de la norma y de la consolidación, a diferencia de la discrecionalidad, de una *unidad de solución justa y adecuada al caso concreto*, o decisión correcta para el caso, esto a través de técnicas de valoración y pronóstico, desarrolladas dentro del espacio de apreciación⁸¹⁰ autorizado a la administración, o de cognición objetivable como lo denomina la doctrina española⁸¹¹, obviamente dentro del contexto impuesto por la norma y, en general, por el derecho.

La aplicación de normas discrecionales difiere en consecuencia de este mismo ejercicio, frente a los conceptos jurídicos indeterminados. Respecto de estos últimos, la valoración y pronóstico de los conceptos abstractos empleados en la norma debe llevar irremediablemente a una única solución posible y justa frente al caso concreto.

Se trata de aplicar la norma subsumiendo en ella, no obstante su imprecisión unas circunstancias fácticas concretas y específica, de aquí que la doctrina sostenga, que el método de valoración en que se sustenta es claramente reglado, en la medida en que no interfiere la estimación subjetiva del administrador, es ante todo un procedimiento "..., intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido [...]"⁸¹².

Lo anterior sustancialmente diferente de la actividad discrecional, en donde la administración tiene a su disposición una habilitación para la concreción del derecho, que le permite estructurar la decisión más adecuada al caso concreto, decisión posible y justa, derivada del método de estimación subjetiva que se adopte, muchas veces nutrido con elementos de oportunidad y conveniencia, que permite escoger la alternativa que considere prudente y adecuada, sin negar que todas las demás alternativas tengan la posibilidad de ser igualmente

⁸¹⁰ MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., p. 56.

⁸¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 451.

⁸¹² *Ibíd.*, pp. 452 y 453.

catalogadas y justificadas, siempre actuando dentro de los marcos del derecho y con proscripción absoluta de la arbitrariedad, y con la posibilidad clara en nuestro ordenamiento, de que tanto estas decisiones, como las que lo fueren de la valoración propia de los conceptos jurídicos indeterminados, deberán estar siempre motivadas⁸¹³ y, en consecuencia, sujetas a control judicial pleno⁸¹⁴.

⁸¹³ MANUEL ATIENZA. "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", REDA, n.º 85, marzo de 1995. "[...] La consecuencia de la idea regulativa del Estado democrático de Derecho es que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado, pues ello iría, al menos en ocasiones, en contra de las exigencias de la racionalidad práctica. El que esto sea así, se encuentra estrechamente conectado con un extremo que aparece justamente remarcado en la obra de Tomás R. Fernández: el poder público es un poder funcional, otorgado en consideración a fines ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio (pág. 163). No cabe por eso establecer ningún paralelismo con lo que ocurre con los contratos entre particulares, es decir, a propósito de los poderes privados (cfr. Parejo, págs. 38 y sigs.). Lo que hace que la posición del juez, en uno y otro caso, sea distinta es precisamente que los particulares, salvo casos excepcionales, no tienen porqué justificar (en términos jurídicos) su comportamiento. Dicho de otra forma, la autonomía —en cuanto valor moral— sólo puede predicarse de los individuos. [...]". "[...] Una consecuencia de lo anterior es que la motivación de los actos administrativos (en particular, de los actos discrecionales) no puede verse como un simple requisito de forma. Lo que justifica la actuación discrecional de un órgano administrativo no es simplemente el haber cumplido unos ciertos requisitos de forma; por ejemplo, en el caso del planeamiento urbanístico, el haber confeccionado una Memoria que contenga referencias a una serie de aspectos, de manera semejante a como, en una sentencia judicial, el aspecto formal viene dado por la existencia de antecedentes de hecho, fundamentos de Derecho y parte dispositiva. Lo que justifica verdaderamente son las razones de fondo que se dan en favor de una determinada opción; por ejemplo, las razones para otorgar a un terreno una determinada calificación urbanística, que vendrían a ser el equivalente de las razones, los argumentos, esgrimidos en una sentencia para considerar como probado un hecho o para interpretar una norma en un determinado sentido. Esas razones (insisto: razones justificativas) pueden adoptar un grado mayor o menor de explicitud pero, obviamente, una simple decisión (o su resultado: un acto administrativo) en favor de la cual no se aporta ninguna razón es un acto no motivado, como lo sería una resolución judicial que careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de Derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y de normas sin dar, por ejemplo, ninguna razón de porqué se considera como probado un determinado hecho. Como es bien sabido, existen resoluciones judiciales que no necesitan ser motivadas, debido a su escasa trascendencia y a razones de economía; es decir, en el fondo, debido a razones de la propia racionalidad práctica: no cabría un discurso racional si hubiera que fundamentarlo todo, sin ninguna excepción, en cada momento. Pero éste no es el caso de los actos discrecionales de la Administración, por lo que me parece que, en este contexto, no es ninguna exageración afirmar que «lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario» (Tomás R. Fernández, pág. 82), si con ello quiere decirse que las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud [...]"

⁸¹⁴ FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, cit. El profesor TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, quien retoma radicalmente el problema, sostiene la necesidad de controlar integralmente los actos productos de la discrecionalidad cuando los mismos desdibujan los marcos que el derecho les concede a las autoridades para su expedición. En concreto, plantea que todas las decisiones de la administración son susceptibles de control judicial, dentro de las cuales necesariamente están incluidos los actos discrecionales, que de ninguna manera se admite que puedan ser arbitrarios. Para estos efectos, incluso este tipo de acto debe caracterizarse por estar motivado, es decir, debe estar basado en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del servidor público que lo produce. La discrecionalidad no puede

Ahora bien, así, lo señala Maurer, el componente indeterminado e ilimitado utilizado en la disposición normativa, en valoración previa, acepta varias interpretaciones posibles, todas ellas adecuadas y oportunas. En estos casos, le corresponde a la administración entender el componente indeterminado en el sentido que lo lleve a una decisión única y justa objetivamente⁸¹⁵.

Para el caso que nos ocupa, si la norma condiciona a la configuración de un concepto jurídico abstracto, que de ser materializado por la administración a través de un proceso objetivo de valoración del mismo frente a la realidad fáctica y que como consecuencia da lugar a que la decisión sea inevitable, nos encontramos entonces ante un caso típico de aplicación de la temática de los conceptos jurídicos indeterminados. Al respecto, Maurer ejemplariza el asunto a la luz del derecho alemán, en las hipótesis de autorizaciones jurídicas de

confundirse con el deseo personal o subjetivo del agente público. Los argumentos que justifiquen la decisión discrecional no deben ser contrarios a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos reales que llevan a la adopción de la misma. Las razones y la decisión administrativa discrecional deben ser coherentes entre ellas, las primeras deben corresponder materialmente a lo que se decide. Agrega TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ que los anteriores aspectos deben servir de marco para que el juez administrativo controle los actos de carácter discrecional, no solo frente a la simple ley, sino básicamente, y en esto la tesis del autor se ha considerado radical, frente al derecho mismo, por lo que se trata de un control contencioso de jurisdicción y no de simple legalidad. Es importante que el juez verifique si realmente se dieron o existieron las razones que la administración invoca para la expedición de un acto discrecional y de ser ciertas que las mismas sean reales y además congruentes con la decisión que se está adoptando. La decisión judicial puede llevar a la nulidad del acto correspondiente o, excepcionalmente, a la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, si no es posible otra solución. De esta forma, reacciona este autor contra la posibilidad de confundir discrecionalidad con arbitrariedad; destaca que si bien es cierto que históricamente se dio esta posibilidad, en la actualidad es totalmente inadmisibles. Discrecionalidad no solamente no es arbitrariedad, sino que implica igualmente la posibilidad de ejercer, como lo advertimos, control sobre cualquier acto fundado en el ejercicio de facultades discrecionales, incluso en cuanto impliquen análisis de oportunidad para la adopción de decisión. “[...] Si en el principio, como hemos visto, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna [...]”.

⁸¹⁵ MAURER. *Elementos de derecho administrativo alemán*, cit., p. 55. “[...] El problema del concepto jurídico indeterminado se sitúa en el ámbito de la comprensión. La aplicación de esos conceptos en cada caso particular requieren una valoración y, muchas veces, también un pronóstico futuro. Esto, es tan solo posible, si se consideran muchos puntos de vista, algunos de ellos diferentes, que deben ser considerados, evaluados y ponderados recíprocamente. La decisión, en sí, única conforme a derecho, no siempre se deja determinar inequívocamente [...]” [sic] PARADA. *Derecho administrativo*, tomo I, cit., p. 102. El problema ha sido, así mismo, advertido en la jurisprudencia española. Al respecto en sentencias del 12 de diciembre de 1979 y 13 de julio de 1984, el Tribunal Supremo Español indicó lo siguiente: “[...] Conceptos jurídicos indeterminados son [...] aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la técnica de la discrecionalidad.”

industria y comercio, que tan solo pueden ser conferidas cuando el interesado posee *confiabilidad necesaria*; o en las hipótesis normativas de protección a los monumentos públicos, cuando se determina la adopción de medidas de protección, si la obra es *digna de monumento*⁸¹⁶.

En materia contractual del Estado el problema principal de la reconducción de la facultad discrecional estructuradora que hemos advertido, o la de concreción misma del concepto indeterminado a raseros objetivos, implica la adopción de una metodología válida que permita llegar a concreciones objetivas en procura de consolidar los propósitos sociales y democráticos del Estado, para lo cual acudiendo a los trabajos de la moderna doctrina publicista, en especial a los desarrollos logrados por la teoría Constitucional en la contención de la arbitrariedad, se sugiere el método de la ponderación y la proporcionalidad, no para efectos de un control judicial de la actuación de la administración, sino, por el contrario, como criterio absolutamente válido para adoptar decisiones administrativas acordes con las bases constitucionales enunciadas a partir del reconocimiento de facultades discrecionales por parte de la administración como componentes importantes de sus actuación de necesario atemperamiento y ponderación.

La moderna teórica del derecho administrativo nos permite visualizar como en los últimos tiempos, las viejas construcciones en torno a la discrecionalidad como un fenómeno vinculado de manera directa a los poderes y competencias del juez administrativo en relación con la actividad administrativa, se han ido paulatinamente radicado de una u otra manera, en consideraciones de importancia en relación con la adopción directa de decisiones por la misma administración, esto es, se observa una clara evolución de la discrecionalidad desde la perspectiva del control judicial, a hacia una nueva perspectiva propiamente de la actuación administrativa⁸¹⁷, de la generación de normas por la administración, con sujeción a los parámetros generales y amplios del legislador, por lo tanto con la posibilidad de que para efectos de su generación

⁸¹⁶ MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., p. 55.

⁸¹⁷ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 220.

se produzcan conflictos en relación con la aplicación de principios y valores que ameriten solución en sede administrativa⁸¹⁸.

Bajo esta nueva concepción doctrinal, la discrecionalidad administrativa se entiende entonces como una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado, por lo tanto no limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada en el supuesto de hecho de las mismas, en el vértice del asunto y no en el resultado del mismo. El margen de apreciación es también una técnica de la administración para adoptar una decisión, y no solo un criterio para juzgar la misma. En este sentido la discrecionalidad se traduce en una facultad específica de la actuación administrativa sujeta a reglas que reconduzcan a la administración a la adopción de decisiones verdaderamente justificadas y transparentes decantando para el efecto la totalidad de los argumentos fácticos y jurídicos en que se sustenta al igual que las razones de conveniencia u oportunidad en que se funda, de ser el caso, esto es, verdaderamente ponderadas⁸¹⁹.

Lo anterior resulta lógico de frente a los postulados del Estado social y democrático de derecho y a la visión de la legalidad y del derecho que del mismo se desprende, si se tiene en cuenta que, en este contexto material, la discrecionalidad no es, ni puede en manera alguna concebirse, como una amplia e limitada libertad de elección. El administrativo en cuanto poder sujeto al derecho, ante la presencia de facultades discrecionales debe sujetarlas a los parámetros de la misma ley que las concede, y al contexto general del derecho, para cual inevitablemente le surge el deber de ponderación, para

⁸¹⁸ ARROYO JIMÉNEZ. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., pp. 42 a 49. En relación con esta hipótesis siempre creciente en la administración moderna del ejercicio de potestad normativa por la administración y su necesidad de reconducir los conflictos que surjan en este proceso, indica este autor lo siguiente: "[...] Si la ponderación es un método característico de resolución de los conflictos integrados por principios, entonces será lo normal que dicho método sea empleado por todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar las normas que pertenecen a esa categoría [...]" (p. 43).

⁸¹⁹ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 220.

lograr la adecuación de la conducta funcional a los marcos de la legalidad y de la conveniencia, de ser el caso⁸²⁰.

Retomando las conclusiones de Eberhard Schmidt-Assmann, la discrecionalidad encierra, entonces, “[...] *un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de toda una serie de variados articulaciones* [...]”, mandato que implica no solo una sujeción estricta a los parámetros del derecho para que la decisión correspondiente no quede incurso en vicios invalidantes, sino también, consideraciones que van más allá de lo estrictamente jurídico, como las de oportunidad o conveniencia, que involucran consideraciones relativas asuntos económicos de la decisión misma, rentabilidad, austeridad, consideraciones para optimizar recursos, análisis de ventajas o desventajas, determinación de inconvenientes, planeación debida y adecuada para la identificación del objeto que se pretenda desarrollar, valoraciones técnicas etc.⁸²¹.

En esta dirección una decisión originada en facultades discrecionales de la administración, para que sea verdaderamente racional, no necesariamente debe recostarse sobre bases de legalidad, sino también, en consideraciones adicionales que la hagan realmente adecuada a los propósitos de la norma que la atribuye, en este sentido, se deduce para la discrecionalidad su carácter pluridimensional y por lo tanto sujeta a una metodología de racionalidad tendiente a su concreción por la administración⁸²².

⁸²⁰ *Ibíd.*, p. 221. Para estos efectos se sugiere una interesante metodología de adecuación en procura de reconducir la discrecionalidad al derecho: “[...] estos parámetros están constituidos en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final–, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el derecho de la Unión Europea [...]”.

⁸²¹ SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 221 y 222.

⁸²² MICHAEL GERHARDT. Gerhardt, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung* n.º 114, Mar. 5. Citado por SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 222. Propone este autor una interesante metodología para efectos de lograr decisiones discrecionales racionales, esto es explicables intersubjetivamente: 1. se debe acudir a las técnicas de la proporcionalidad con el fin de hacer transparente la decisión correspondiente. En este sentido, la utilización de la técnica de la ponderación resulta ser lo más adecuado; 2. se debe hacer un trabajo previo de análisis de

Se trata entonces de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante de la administración para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho⁸²³, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas en una mera y graciosa facultad libertina de la administración, por fuera de la racionalidad⁸²⁴.

contingencias, averiguaciones, evaluaciones, juicios de probabilidades, todo esto con el fin de disminuir la incertidumbre al momento de adoptar una decisión administrativa; 3. el desarrollo propiamente dicho de la ponderación y proporcionalidad, que tiene dos implicaciones: en primer lugar, “[...] la observancia de las premisas (directrices) normativas, teniendo presente que entre éstas corresponde una significación central al principio de proporcionalidad en tanto que ley material básica de todo proceso de ponderación en un Estado de derecho [...]”. En segundo lugar, “[...] también está obligada, por imperativo legal, a aplicar y a traducir en decisiones concretas los criterios de corrección “metajurídicos” que, normalmente de forma tan solo tácita, se derivan asimismo de la atribución a la administración de una facultad para su ejercicio en calidad de responsable último de la misma. Es decir, la administración también está obligada a dar al caso concreto una solución oportuna y justa (discrecionalidad administrativa en general), a optimizar las ventajas y minimizar los inconvenientes de una obra de infraestructura a través de la planificación (discrecionalidad de planeamiento) y a realizar valoraciones técnicas según su mejor saber y entender (facultades de apreciación) [...]”.

⁸²³ MARIANO BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 28 y ss. Puede consultarse en igual sentido MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 143 y ss.

⁸²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. “[...] La configuración de pliegos de condiciones constituye un paradigmático ejemplo útil a efecto de ilustrar la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohiendo la Sala, partiendo de diferenciar las denominadas definiciones ‘materiales’ o ‘positivas’ de dicha figura, de las catalogadas como ‘formales’ o ‘negativas’ de la misma. Las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley –lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones–, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere –expresa o implícitamente– a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional». Para las segundas, por su parte –las catalogadas como definiciones ‘formales’ o ‘negativas’– el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el objeto de la facultad misma y el cómo ella debe ser ejercida –esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión–, sino la forma en la cual se configura –la forma en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad–, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera libre, eligiendo cualquiera de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que –supuestamente, según estas posturas– todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de indiferentes jurídicos.

El derecho administrativo bajo el contexto del Estado social y democrático de derecho es por definición, y conforme a sus bases estructuradoras, un derecho que busca permanente el equilibrio en los conflictos que lo agobian, entre los cuales son permanentes los suscitados a propósito de la aplicación de principios de carácter constitucional. Se caracteriza entonces, por ser un derecho de conflictos al momento de adoptar decisiones normativas sustanciales, lo que convierte a la administración, por consecuencia, en un ámbito adecuado y preciso de búsqueda incansable de puntos de encuentro adecuados, oportunos y lo más cercanos a instancias conciliables en procura del logro de sus cometido.

Esta situación de conflicto y enfrentamiento, inevitablemente le abre el paso a modelos metodológicos adecuados para estos propósitos, como lo son los derivados de la construcción constitucional de la ponderación y la proporcionalidad, que no obstante las críticas que merecen, constituyen una base oportuna y adecuada para el ejercicio administrativo de resolución de conflictos entre principios tendiente a la expedición de decisiones materialmente adecuadas a los presupuestos del Estado social y democrático de derecho⁸²⁵.

Lo anterior guarda coherencia y lógica con los nuevos rumbos y los modernos esquemas de atribuciones funcionales a la administraciones públicas en los modelos sociales y democráticos de derecho, en donde se observa un claro abandono al viejo derecho administrativo clásico, por su misma naturaleza reglado; hoy a la par de la asignación de responsabilidades estrictamente regladas, - programación condicional - que para su concreción requieren de un

Empero, esta Sala ha justificado ya por qué razón tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden la consagración constitucional de la entera actividad administrativa a la satisfacción del interés general –prevista, en el ordenamiento colombiano, de forma expresa, en el artículo 209 superior–, sino que no encajan adecuadamente en el diseño de un Estado social y democrático de derecho si se tiene en cuenta que, al atribuir *libertad de elección* a la Administración, sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en los cuales se soporten sus decisiones, semejantes comprensiones fácilmente pueden convertirse en una ‘patente de corso’ para la arbitrariedad. Las concepciones *formales o negativas* de la discrecionalidad, entonces, son aquellas que convierten ésta figura en ‘*el caballo de Troya en el Estado de derecho*’ [...].”

⁸²⁵ ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 47.

simple y elemental ejercicio de adecuación normativa, juicio de legalidad o de mera subsunción, han evolucionado de manera evidente, significativa y por lo demás con una mayor trascendencia, atribuciones característicamente discrecionales, - programas finales en forma de directrices, y cláusulas generales de apoderamiento – que implica para la administración un profundo ejercicio de concreción en la medida de lo fáctica y jurídicamente, esto es mediante el agotamiento metodológico de la proporcionalidad y ponderación.

El asunto resulta elemental, allí donde la administración no esté gobernada por reglas, lo más posible es que la actuación de la administración se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la administración al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho⁸²⁶.

2.1.1. Sujeción de la actividad discrecional de la administración a las reglas de la ponderación en la estructuración de los contratos de concesión de servicios públicos

La estructuración de los negocios del Estado, en cuanto escenario sujeto al principio de planeación y a la discrecionalidad, como se expuso en los numerales anteriores, implica inevitablemente al momento de adoptar las decisiones más adecuadas para atender los requerimientos públicos, la posible confrontación de principios que puedan estar en juego para efectos de

⁸²⁶ *Ibíd.*, pp. 47 y 48. La moderna administración, a diferencia del modelo clásico, no está sujeta a un estricto y estrecho principio de legalidad. Los espacios de la discrecionalidad resultan evidentes y en crecimiento a través de atribuciones o programas finales en forma de directrices y cláusulas generales. En este sentido, sostiene el autor, “[...] El espacio de la actuación de la administración primeramente llamado a ser ocupado por la ponderación es el propio de la discrecionalidad administrativa a través de la ponderación [...]”; así, la discrecionalidad pasa a configurar, según el profesor ARROYO, “[...] una habilitación para la concreción del derecho [...]”; la discrecionalidad no es entonces libertad de elección entre opciones jurídicamente indiferentes, “[...] sino, ponderación administrativa de principios jurídicos dirigida normativamente a través de programas finales [...]”. El escenario de esta habilitación es evidente en tratándose de la potestad reglamentaria, potestad planificadora como la contractual o la urbanística, así como en los márgenes de apreciación y juicio de la administración que se derivan del empleo de algunos conceptos indeterminados. “[...] A todos estos fenómenos subyace el reconocimiento a la administración de una habilitación para adoptar decisiones a través de la ponderación de los principios que gobiernan la materia de que se trate [...]”

fundamentar y sustentar la mejor solución al asunto propuesto. En esta medida, la ponderación o el balanceo⁸²⁷ juega un papel trascendente dentro de cualquier concepto operativo de contrato estatal que se intente, como ocurre en el caso propuesto, sobre todo partiendo de la premisa de que no todas las actividades de formación del negocio del Estado están dominadas por reglas que llamen a un simple ejercicio de subsunción normativa⁸²⁸.

La teoría de la ponderación⁸²⁹ deviene de los trabajos del profesor Robert Alexy que a su vez se fundamenta en una teoría estructural del derecho orientada por el profesor Ronald Dworkin y una teoría argumentativa del derecho desarrollada en la teoría del discurso de Jürgen Habermas. Se funda en una teoría normativa basada en la diferencia entre reglas y principios⁸³⁰ entendiendo estos últimos como mandatos de optimización y una propiamente conocida como ley de la ponderación sustentada en una fórmula de peso y una carga argumentativa justificadora de la decisión final que resuelve el conflicto

⁸²⁷ ROBERT ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ROBERT ALEXY. *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 1.

⁸²⁸ Al respecto puede consultarse ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Fundamentales, 1997, pp. 81 y ss. Del mismo autor, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2003, pp. 93 y ss.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, pp. 457 y ss. Se puede consultar integralmente el trabajo del profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit. En la doctrina nacional se destacan los aportes del profesor CARLOS BERNAL en diferentes escritos entre los que destacamos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 569 y ss.; “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” (artículo), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; “Estructura y límites de la ponderación” (artículo), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss.

⁸²⁹ Puede consultarse sobre el concepto y alcance de la ponderación en el derecho los trabajos del profesor ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss. Del mismo autor, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, cit., p. 20.

⁸³⁰ RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 74 y ss. “[...] Los principios tienen una dimensión que les falta a las normas: la dimensión del peso e importancia [...]”. La diferencia entre principios y reglas, sostiene este autor, este ante todo lógica. “[...] Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión [...]”. Los principios, a diferencia de lo expuesto, agrega DWORKIN, “[...] ni siquiera los que más se asemejan a las normas, establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas [...]”.

entre principios formales y materiales, concibiendo de esta manera una metodología que ha pasado a ser paradigma del derecho público⁸³¹.

La ponderación^{832 833}, no obstante las críticas crecientes de la doctrina⁸³⁴, pero también a partir del reconocimiento de sus fortalezas⁸³⁵, constituye unpreciado

⁸³¹ MATHIAS JESTAEDT. "La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades", en EDUARDO MONTEALEGRE. *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 75.

⁸³² ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 457 y ss.

⁸³³ ARROYO JIMÉNEZ. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", cit., p. 20. En relación con el concepto de ponderación se pueden ofrecer varias alternativas conceptuales: 1. Amplia. Según la cual, ponderar se asimila a lograr una decisión balanceada. "[...] alude a la actividad consistente en tomar en consideración simultáneamente exigencias que presionan en sentidos opuestos. Ponderar equivale aquí a sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante la colocación en una balanza [...]"; 2. Estricta. Desde la perspectiva jurídica, se le entiende como estricta en cuanto mediante la ponderación se resuelven conflictos. "[...] es un método para la resolución de ciertas antinomias que, además, está lo suficientemente caracterizado como para que su empleo sea utilizado de ordinario como un criterio que permite distinguir entre dos categorías de normas, como son los principios y las reglas [...]". En este sentido, se ubica en el ámbito de la teoría de la interpretación y el de las normas jurídicas. Véase a LUIS PRIETO SANCHÍS. "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales", en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 71. De manera simple, argumenta este autor que ponderación no es más que un problema de justificación de una decisión, un problema ligado de manera estrecha con la capacidad de poder dar una razón en relación con adopción de una decisión. "[...] Pero me parece que esto tampoco significa que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que pueda conducir a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y solo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien o derecho y del grado de satisfacción del bien o derecho en pugna [...]"; se trata de un proceso lo más transparente posible y por lo tanto hondamente vinculado con el sistema democrático.

⁸³⁴ ALEXY. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", cit., p. 3. ALEXY reconoce las debilidades de su construcción teórica y las consecuentes críticas que se le imprimen a la misma por parte de la doctrina. Destaca que son múltiples las críticas, entre ellas la del carácter retórico de la construcción y la de su falta de objetividad o carácter discrecional. En relación con la primera reconoce "[...] Esta objeción rechaza la idea de que la ponderación sea un procedimiento racional. Se dice que consiste en una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados. La razón de esta objeción es, como sostiene Habermas, que no existen estándares racionales para ponderar [...]". En tratándose de la segunda, ALEXY la plantea en los siguientes términos: "[...] La segunda objeción es un poco más sutil, y se refiere a un problema conceptual. Nuevamente, podemos referirnos a Habermas, quien ha presentado una versión bien interesante del problema. Habermas ha mantenido que la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo; correcto o incorrecto, así como, también, de la idea de justificación, colocándola dentro de una esfera definida por conceptos como adecuado e inadecuado y como discreción. Se ha dicho que ponderación de valores puede orientar un juicio en cuanto a su resultado, pero no puede justificar su resultado [...]" PRIETO SANCHÍS. "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales", cit., p. 58. La ponderación no es más que una metodología y no una ciencia exacta en la solución de los conflictos. "[...] El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente,

e importante instrumento de aplicación de principios jurídicos⁸³⁶ cuando estos entren en colisión⁸³⁷ y no de simples reglas bajo consideraciones meramente formales de subsunción⁸³⁸. Esto es, se trata de normas, que no están dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada; tienen ante todo una estructura de mandatos de optimización, que como lo destaca Alexy, simplemente ordenan que “...algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes [...]”, en donde las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Ejemplo de estas normas son entre otros los derechos

consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad [...]”. “[...] únicamente quisiera subrayar que la ponderación dista de ser algo así como una regla matemática capaz de eliminar toda subjetividad [...]” (p. 71). En igual sentido, JESTAEDT. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, cit., p. 75.

⁸³⁵ JESTAEDT. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, cit., p. 75. Se destaca por la doctrina como evidentes fortalezas de esta importante construcción doctrinal y jurisprudencial, las siguientes: 1. La racionalización de la interpretación jurídica con el propósito de una debida interpretación jurídica del principio de proporcionalidad postulado en el derecho positivo; 2. desarrolla los elementos para una adecuada carga argumentativa; 3. desplaza los principios de un elevado y abstracto y los coloca en una posición que facilita su análisis racional y argumentativo; 4. permite decantar la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales.

⁸³⁶ ALEXY. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95. “[...] Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario [...]”.

⁸³⁷ ALEXY. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., pp. 97 y ss. Plantea el autor la denominada ley de colisión según la cual “[...] las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituye el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad [...]”.

⁸³⁸ ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 457 y 458. “[...] El fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios [...]” Conforme a los planteamientos de esta teoría, las reglas tienen por característica configuradora el hecho de que “[...] son normas que ordenan algo definitivamente [...]”, contienen mandatos que se tornan a partir de una simple lectura de la norma en verdaderos, “[...] mandatos definitivos [...]”. Pueden estar sujetas a condición, esto es su procedencia y aplicación depende de una condición específica. Pueden también revestir una forma categórica. “[...] Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple [...]”. La diferencia con los principios es entonces palpable y ostensible. En principio no ordenan nada de manera definitiva; todo lo contrario: ordenan algo para que sea realizado en la medida de lo posible, en cuanto fáctica y jurídicamente sea posible. Como se ha advertido a partir de otros estudios de ALEXY, los principios, dada esta característica, son entonces “[...] mandatos de optimización [...]” que hay que optimizar, traducir al mundo de la realidad fáctica y jurídica, “[...] pueden ser cumplidos en diferentes grados [...]”.

fundamentales, - la optimización aclara Alexy incluye permisos y prohibiciones -

839 840

Conforme a lo expuesto Bajo la construcción teórica de Alexy, los conflictos normativos pueden devenir de la aplicación de simples reglas o de la confluencia de principios al momento de la adopción de una decisión, para lo cual es factible acudir a los métodos de la subsunción o de la ponderación según sea el caso, conforme a lo expuesto. De manera sencilla el profesor Arroyo, siguiendo de cerca los trabajos de la doctrina, en especial los de Luis Prieto Sanchís, propone el siguiente cuadro resumen de las hipótesis de subsunción y de ponderación en donde las normas en conflicto se denominaran N1 y N2⁸⁴¹:

que N1 preceda a N2 en todo caso (N1 P N2),

que N2 preceda a N1 en todo caso (N2 P N1)

que N1 preceda a N2 si se dan unas circunstancias C (N1 P N2) C; y

que N2 precede a N1 si se dan otras circunstancias distintas a C (N2 P N1) C`.

Las dos primeras corresponden a relaciones de precedencia incondicionada que se da comúnmente entre normas que guardan entre sí relaciones de

⁸³⁹ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 81 y ss.

⁸⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. "Para resolver los conflictos que se susciten entre los principios o entre principios y reglas jurídicas, se ha acudido al denominado juicio de ponderación, de conformidad con el cual, en un caso concreto, se otorgará primacía jurídica de un principio frente a otro, y en las hipótesis en que '... una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto...', o '... dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía...'. De ahí que, respecto de los principios se afirme que su pluralidad '... y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia entre su ponderación', en la búsqueda de una optimización posible de todos, siendo propio de los principios '... su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente'. Pero, en esta tarea, es importante tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general, son por naturaleza de textura abierta, lo que significa que están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra, en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca".

⁸⁴¹ ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 36.

jerarquía o competencia. Las segundas que en el modelo corresponden a los puntos (iii) y (iv) corresponden a relaciones de precedencia condicionada esto que solo opera si se dan determinadas circunstancias debidamente razonadas y en esencia se ubican en la base de la ponderación. La ponderación resulta entonces ser de acuerdo con las elaboraciones de Alexy, un juicio de precedencia condicionada. “[...] Un proceso de argumentación en el que se enumeran y justifican las circunstancias que deben concurrir en el caso concreto para que un principio preceda a otro, y se fundamenta correctamente por que en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa por tanto establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada [...]”⁸⁴²

Así las cosas, de entrar en conflicto varias de estas normas, esto es, existiendo para efectos de la adopción de una decisión discrecional principios contrapuestos o que respaldan reglas opuestas, es decir, enfrentada la administración al dilema de una colisión de principios, opera consecuentemente la ponderación, con el claro propósito de darle el mayor peso al principio que mejor solución ofrezca respecto del asunto llamado a ser resuelto, con el fin de evitar la adopción de decisiones contrapuestas u opuestas frente a una misma situación fáctica. Ponderar, por lo tanto, es determinar cuál es el peso específico de los principios que eventualmente entran en colisión, justificada y fundamentada. Ponderar es sopesar dos o más principios del mismo nivel estableciendo entre ellos una precedencia condicionada para la selección del que mayor peso tiene para efectos de fundamentar una decisión.⁸⁴³

⁸⁴² *Ibíd.*, pp. 36 y 37.

⁸⁴³ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 89. “[...] Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferentes pesos y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso [...]”

Ahora bien, el método resulta efectivo proporcionándonos una ponderación correcta, solo si la relación de precedencia condicionada que se establece puede ser fundamentada correctamente, en este sentido este ejercicio se configura en la teoría de la ponderación, en una condición o presupuesto de validez de su resultado⁸⁴⁴.

La ponderación constituye desde esta perspectiva entonces un criterio metodológico apropiado para establecer la “mayor medida posible” en la que un principio aplica para su operancia en una determinada decisión frente a otros de igual categoría y envergadura. Esto es, permite determinar el mayor grado de aproximación para satisfacer un principio, en relación con otro u otros, que también, teniendo vocación para ser aplicados en relación con el asunto concreto, pero que dadas sus estructuras, resultan entre sí incompatibles. La ponderación así vista, es ante todo una estructura formal, mediante la cual se establece una relación de precedencia condicionada, entre principios relevantes en cada caso o asunto que le corresponda a la administración resolver y que le permite en consecuencia a esta fundamentar su decisión⁸⁴⁵.

Por ejemplo, en los casos en que en la distribución de riesgos dentro de la estructuración del contrato hay que sopesar el peso específico del interés general con los derechos a la libre empresa, ambos constitucionales pero en juego para efectos de una distribución adecuada y equitativa de su carga negocial. O entre propiedad privada e interés público por causa de una obra pública. Así mismo, entre patrimonio público y patrimonio privado, como puede suceder en los casos de la estructuración de contratos de concesión y la definición de garantías de ingresos mínimos, en la definición entre infraestructura y democracia en donde están en juego principios como los relativos a la calidad de vida óptima y todo el sistema fundacional del estado bajo preceptos de participación e incluso de libre empresa etc.

⁸⁴⁴ ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 39.

⁸⁴⁵ CARLOS BERNAL PULIDO. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, en MONTEALEGRE. *La ponderación en el derecho*, cit., p. 116.

La ponderación entra a determinar la mayor medida posible con que una de esas normas se superpone a otra y, por lo tanto, resulta preferible frente al asunto en concreto, es decir, de aplicación preferente, evitando la consolidación de la arbitrariedad, obsérvese que por las características que ofrece su aplicación la misma es viable en tratándose de la adopción de decisiones por su naturaleza discrecionales y no de simples actuaciones regladas.

En procura de justificar la racionalidad de esta construcción y responder así a las críticas que en este sentido le formula la doctrina, Alexy sostiene que la ponderación o el balanceo propiamente dicho, esto es, el ejercicio de medición del peso específico de los principios en colisión, que se rige por una relación de precedencia condicionada⁸⁴⁶ entre los principios en colisión⁸⁴⁷, la que se obtiene a partir de una estructura integrada por tres elementos que pueden desagregarse para su cabal entendimiento, como son los relativos a la denominada ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de argumentación.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha retomado los principios analizados y los ha incorporado como directrices del funcionar de los poderes públicos⁸⁴⁸. En cuanto a la ponderación se refiere la jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de las normas y cláusulas constitucionales relativas a la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana; del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la

⁸⁴⁶ ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 459.

⁸⁴⁷ ALEXY. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", cit., p. 5. De la articulación de estos tres elementos, sostiene ALEXY, se les puede dar respuestas a los críticos de la metodología, en el sentido de que la misma sí goza de amplios campos de razonabilidad y que no es esencialmente discrecional o retórica como se le ha pretendido calificar. Al respecto indica lo siguiente: "[...] Si no fuera posible formular juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de interferencia; segundo, los grados de importancia y, tercero, la relación entre los elementos anteriores, las objeciones de Habermas estarían justificadas. Así pues, la cuestión gira en torno a la posibilidad de realizar esa clase de juicios [...]".

⁸⁴⁸ JOSÉ MANUEL CEPEDA ESPINOSA. "La ponderación de derechos en Colombia. El aporte de la jurisprudencia constitucional", en MONTEALEGRE. *La ponderación en el derecho*, cit., pp. 133 y ss.

persona; de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas, y del 214 de la Constitución que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción⁸⁴⁹.

2.1.1.1. La ley de la ponderación

Mediante la formulación de la ley de la ponderación se pretende establecer los grados de insatisfacción o detrimento de un principio en juego, "... Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro [...]”⁸⁵⁰. Esta ley así entendida permite reconocer en la ponderación un sendero lógico de conformación de la decisión a través de la cual se observa el grado de aceptación o no de uno de los principios en conflicto, en otras palabras, su grado de satisfacción o afectación; la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; la determinación de si la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Se trata de una estructura que busca ante todo consolidar el carácter racional de la ponderación, negando su carácter arbitrario o irreflexivo.^{851 852}

⁸⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. Corte Constitucional. Sentencia T-013 de 2006. “En circunstancias excepcionales, los derechos pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionales. En estos eventos, para asegurar su vigencia plena y garantizar una aplicación armónica de los mismos, primero el Legislador y luego los distintos operadores jurídicos, tienen la carga de buscar conciliar tales derechos, de manera que sólo cuando ello no sea posible y se genere un conflicto entre ellos, deben proceder a determinar las condiciones de prevalencia del uno sobre el otro a través de juicios de ponderación. A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite dichas ponderaciones. La Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea de los distintos operadores jurídicos es, entonces, la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro.”

⁸⁵⁰ ALEX Y. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 460.

⁸⁵¹ *Ibíd.*, p. 460.

⁸⁵² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 17 de junio de 2001. Exp. AP-166. “El método de la ponderación, se trata de un mecanismo de aplicación normativa al que debe recurrirse cuando no funcione el silogismo, para aplicar normas que no estén formuladas condicionalmente. Por ello es necesario a la hora de aplicar directamente los principios constitucionales, pues dado que, como se dijo, ellos ejercen un papel constitutivo del orden jurídico, deben coexistir, relacionándose íntimamente entre sí, de manera que ninguno de ellos tiene carácter absoluto pues, de ser así, se excluirían unos a otros, y terminaría negándose la existencia de la Institución jurídica que informan. Dado que los principios preceden y determinan otras entidades derivadas, llamadas instituciones

El grado de satisfacción o afectación y la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, son análogos. A través de estas dos operaciones se pretende establecer la importancia de los principios en colisión. En relación con los mismos se puede predicar el grado e intensidad de la satisfacción o afectación de los principios en juego, a través de la denominada escala triádica⁸⁵³, leve (l), moderada (m), y grave (g). A la par de esta consideración, es decir de la importancia de los principios en colisión, es de trascendencia para la teoría de la ponderación el peso abstracto de los correspondientes principios, el cual puede variar de acuerdo a diferentes circunstancias, como son entre otras, el carácter de sus fuentes, los valores sociales positivos involucrados en el mismo.

Es trascendente para este análisis de la ley de la ponderación una tercera consideración la que se “[...] refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto [...]”. La certeza en estos casos puede estar sujeta a gradualidades y esto impacta de manera evidente el peso relativo que se le atribuya a cada principio en la ponderación. Para estos efectos resulta de la mayor importancia la fórmula del peso⁸⁵⁴.

2.1.1.2. La fórmula del peso

La fórmula del peso resulta esencial al sistema, a través de la ella se busca matemáticamente reconocer el valor que cada variable le concede a cada principio⁸⁵⁵, principalmente lo que se busca a través de esta fórmula es la de

jurídicas, dado que en una misma institución hay, siempre, dos o más principios en juego, dado que la vigencia absoluta de todos ellos en el marco de una determinada institución terminaría por generar su propia negación y la de ésta, entonces su aplicación directa demanda de un proceso por medio del cual se determine, de acuerdo con la norma específica que contenga los principios, a cuál de ellos debe dársele prioridad sobre los otros [...] Véase en igual sentido CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 11 de junio de 2009. Exp. 04632-02.

⁸⁵³ BERNAL PULIDO. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, cit., p. 118.

⁸⁵⁴ BERNAL PULIDO. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, cit., p. 119.

⁸⁵⁵ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 89 y ss.

establecer la importancia para la metodología de satisfacer el principio que de la oposición resulta favorecido. La fórmula del peso pretende acercarnos a una metodología racional en procura de una respuesta lo más acertada posible con las bases constitucionales, para estos efectos se hace acompañar, según Alexy de un sistema de interferencias que guarda relación con el concepto de corrección, que se conoce en la doctrina como la “*fórmula del peso*”, la cual constituye para esta teoría un baluarte sustancial en procura de darle suficiente consistencia al predicado de la ponderación como un instrumento racional. Se trata de una fórmula que reviste el carácter de contraparte deductiva de la racionalidad.

La fórmula del peso se hace representar por Alexy bajo el siguiente esquema lógico: “[...] $W_{i,j} = I_i$ sobre I_j ...” en donde I_i equivale a la intensidad de la interferencia con que el principio (P_i); I_j representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; $W_{i,j}$, equivale al peso concreto del principio (P_i); de esta manera agrega Alexy, se hace que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia del principio (P_i) y de la importancia concreta del principio en colisión (P_j). En este sentido, para la teoría de la ponderación, la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio, es en realidad, un peso relativo⁸⁵⁶.

La fórmula del peso permite concluir una triada de valores en relación con la intensidad del conflicto, triada o escala de valores que parte de lo leve para llegar a lo grave, pasando por lo simplemente moderado. Los tres valores del modelo, lo leve, o moderado y lo graves, dentro de la fórmula del peso se pueden representar por las letras l, m, y g, todas ellas objeto de valoración a través de multiplicidad de fórmulas que se adopten para cada caso, en esto la

⁸⁵⁶ ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., pp. 7 y 8. En respuesta a sus detractores, sobre todo en la medida en que traduce a números la lógica deductiva de la fórmula del peso, sostiene ALEXY lo siguiente: “[...] Ahora bien, la objeción es clara en la medida en que solo se puede hablar de cocientes en la presencia de números, y en la medida en que en los ejercicios de ponderación llevados a cabo en el derecho constitucional no se utilizan números. La réplica a esta objeción podría comenzar con la observación [de] que el lenguaje de la lógica utilizado por nosotros para demostrar la estructura de la subsunción no es utilizado en los razonamientos judiciales pero que este lenguaje es, sin embargo, la mejor vía posible para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Esto mismo es aplicable para demostrar la estructura ilativa de los principios a través de números que son substituidos por las variables de la fórmula del peso [...]”.

doctrina respectiva no tiene fórmula sacramental, lo importante es poder graduar las intensidades de la afectación de manera tal que permita su justificación⁸⁵⁷.

La escala triádica, que en la realidad no es triádica, sino adecuable en la intensidad que intuitivamente el operador lo considere, busca modular las intensidades de la afectación para efectos de la ponderación, ofrece la ventaja de que proporciona suficientes elementos para efectos de una debida argumentación jurídica⁸⁵⁸.

2.1.1.3. La carga de la argumentación

Las denominadas cargas de la argumentación constituyen un elemento crucial de la teoría en la búsqueda de la racionalización. En ella de procura establecer hasta que punto, si ha trascendido un principio en relación con otro, se justifica el detrimento o insatisfacción del primer principio. Hasta que punto vale la pena y se justifica en el debate y la confrontación de principios, es viable despreciar uno de ellos y darle prevalencia al que emerge como triunfador⁸⁵⁹. La carga de argumentación configura la justificación de las deducciones obtenidas en la aplicación de la fórmula del peso, como explicita Alexy, “[...] *la fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí* [...]”⁸⁶⁰.

Agrega Bernal en relación con la carga argumentativa o de argumentación que la misma también opera cuando en el resultado de la aplicación de la fórmula del peso se produce un empate. “[...] *cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico* [...]”⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., pp. 8 y 9.

⁸⁵⁸ ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 468.

⁸⁵⁹ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 89 y ss.

⁸⁶⁰ ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., pp. 9 y 10.

⁸⁶¹ BERNAL PULIDO. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, cit., p. 121. El autor identifica diversas posiciones de ALEXY al respecto. ALEXY parece defender dos diferentes formas de superar de superar este tipo de empates: una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales* y otra en el epílogo a esta obra, escrito quince años

Conforme a las exposiciones de Alexy, en el derecho constitucional alemán la ponderación o balanceo configura uno de los temas centrales del debate en torno a la interpretación de los derechos fundamentales que se ubica conforme a la jurisprudencia de aquel país dentro del más amplio concepto de proporcionalidad, de aquí que las reglas de esta sean parte importante y componente inevitable de cualquier aplicación efectiva del método ponderativo o del balanceo. Es así como los subprincipios de la idoneidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad propiamente dichos, desarrollados dentro de la metodología ponderativa sean parte e inherentes al contenido mismo de la ponderación^{862 863}.

2.1.2- Sujeción de la actividad estructuradora de la administración a las reglas de la proporcionalidad y la razonabilidad en la actividad estructuradora de los contratos de concesión de servicios públicos

El principio de proporcionalidad^{864 865} es un principio general del derecho derivado de la idea de justicia material a través del cual se busca

después de su publicación inicial. En el primero sostiene la presencia para estos efectos de la *in dubio pro libertate*; en el segundo defiende la teoría de la no desproporcionalidad. Conforme al primero, en caso de empate domina el principio según el cual “[...] ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad debe prevalecer, sin que se invoquen a su favor razones más fuertes [...]”. En el segundo caso, “[...] en todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como no desproporcionada [...]”.

⁸⁶² ALEXY. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., pp. 38, 39 y 101 y ss.

⁸⁶³ ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 49 y ss. En cuanto se refiere a la relación entre la ponderación y la proporcionalidad, es mucho lo que se ha dicho, mas no se le ha dado al tema una respuesta unánime y adecuada. En opinión del autor, su aplicación en relación con la ponderación es ante todo en el ámbito del control de la validez de los resultados de la ponderación, “[...] el control de la corrección de una ponderación de principios [...]”. “[...] No quiere decirse con ello que ambas instituciones se identifiquen o terminen confundándose en una sola, sino, más bien, que se presuponen: de un lado, la comprobación de la corrección de una relación de precedencia condicionada supone la aplicación del principio de proporcionalidad a la regla que expresa el resultado de la ponderación [...]”. Lo cual significa que la ponderación y la proporcionalidad pueden darse de manera separada en la realidad administrativa. Tesis contraria en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., pp. 107 a 109. Este autor vincula la ponderación con el subprincipios de la proporcionalidad en estricto sentido componente del principio de la proporcionalidad.

⁸⁶⁴ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 35 y ss.

fundamentalmente que las restricciones estatales de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas – subjetivos - sea realmente útil, imprescindible, necesaria y sobre todo equilibrada y fundada en razones de interés general especialmente dirigidas a la protección de los intereses de la colectividad; así mismo, que el ejercicio de las competencias estatales en relación con los derechos de los asociados se agote con la menor intensidad posible, que ninguna acción del Estado exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en el ordenamiento jurídico⁸⁶⁶.

Se trata de un principio de la mayor magnitud e importancia en el derecho público, que ha trascendido de manera espectacular⁸⁶⁷ y que se ha ubicado en la hora actual de nuestras instituciones, en las bases mismas del sistema constitucional, como son las derivadas de las cláusulas del Estado de derecho y del Estado democrático, lo que hace del mismo, un principio sustantivo. Bajo estas consideraciones guarda estrecha relación con la racionalidad en la intervención del Estado en la esfera de acción de los particulares y con el deber constitucional de motivación cierta y adecuada de todas las decisiones públicas, en otras palabras con el ejercicio moderado del poder, sobre todo, en tratándose del ejercicio de facultades discrecionales⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ JAVIER BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP, n.º 135, 1994, p. 500. De conformidad con los trabajos de la doctrina y jurisprudencia alemana, seguidos de cerca por nuestra doctrina y tribunales, se entiende por proporcionalidad o “*prohibición de excesos*”, en un sentido amplio, el principio constitucional que racionaliza el ejercicio del poder a los límites de lo estrictamente necesario, haciendo que las limitaciones a los derechos subjetivos derivadas del mismo sean las estrictamente necesarias de no existir otra posible. “[...] el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo) [...]”. En sentido estricto, la proporcionalidad se vincula con las ideas de ponderación y equilibrio en la búsqueda del cumplimiento de los propósitos estatales. “[...] Proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal –en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)– debe ser útil, necesaria y proporcionada [...]”.

⁸⁶⁶ BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., pp. 498 y 499.

⁸⁶⁷ En relación con los fundamentos filosóficos y la evolución del principio de proporcionalidad, puede consultarse a BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 37 y ss.

⁸⁶⁸ BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 515. Un ámbito por excelencia de operatividad del principio de la proporcionalidad es el que se da a propósito del ejercicio de las llamadas facultades

El principio de proporcionalidad configura un precioso instrumento reductor de la arbitrariedad de la administración, de aplicación en el ámbito de las actuaciones y decisiones de contenido discrecional, por lo tanto, de importancia y trascendencia en el ejercicio de la estructuración y definición del contenido de los contratos estatales.

En este sentido, de la mayor importancia en relación con adopción de las más trascendentes decisiones en materia de concesión de servicios públicos, como son las relativas a la adopción de esta figura por la administración, en relación con determinadas necesidades públicas, y en cuanto tiene que ver con la definición del contenido material de este tipo negocial. Específicamente, tiene operancia en estas materias frente a los conflictos derivados de las limitaciones a los derechos subjetivos de los participantes en procesos de selección, concesionarios, o incluso de los mismos usuarios en aras de la preservación de intereses públicos, en donde se busca que las limitaciones a estos resulten ser las estrictamente indispensables para efectos de los mencionados propósitos.

El juicio de proporcionalidad, se rige doctrinalmente por tres subprincipios básicos, integradores de su configuración material pero que implican a su interior juicios y análisis de naturaleza diferentes: el de la utilidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en estricto sentido. “[...] *el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario –el más moderado– respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación coste-beneficio [...]*”⁸⁶⁹.

discrecionales de que goza la administración. “[...] Cuando la Administración ejerce potestades discrecionales. Cuanto mayor sea la libertad que la ley conceda a la Administración, con mayor intensidad se aplicará el principio de proporcionalidad, que, como otros tantos principios generales, constituye un valioso instrumento de control de la discrecionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de las potestades discrecionales (bien se refiera a la posibilidad misma de intervenir –cuando la ley le permite a la Administración decidir con libertad la conveniencia o no de actuar–, o bien a la libre elección de los medios con los que ha de llevarse a cabo la intervención). Por lo que hace a la primera forma de discrecionalidad, del criterio de la proporcionalidad *strictu sensu* puede derivarse la prohibición de no intervenir si los perjuicios de la acción administrativa respecto de los interesados o de la colectividad fueran superiores a los beneficios que es capaz de producir; y en cuanto al segundo aspecto se refiere, el criterio de la necesidad o de la mínima intervención, p. ej., impondrá la selección del medio más moderado [...].”

⁸⁶⁹ BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 500.

El “tes” propuesto escalonadamente invita a la realización de una pluralidad de juicios que buscan determinar en primer lugar, la idoneidad de la medida o la utilidad de la misma, actuación conocida también como “*juicio de adecuación*” tendiente básicamente a determinar si la medida administrativa es adecuada para alcanzar los fines esperados; en segundo lugar, un “*juicio de necesidad*” con el cual se invita a reflexionar a la administración de si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos perseguidos y menos limitativo de los derechos subjetivos. Que la medida es la única posible en cuanto no se advirtió la existencia de alguna otra más suave o moderada, esta decisión debe ser medible objetivamente, “[...] *conforme al cuadro de intereses que representa un ciudadano medio*”; y por último, un “*juicio propiamente de proporcionalidad*” que permite visualizar las ventajas que se alcancen con el fin perseguido. Debe ser en esencia “[...] *razonablemente proporcionada en relación con los valores políticos y sociales que encierra la finalidad perseguida* [...]”. Para efectos de esta valoración le asiste a la administración un amplio margen de valoración y de apreciación ^{870 871}.

Desde esta perspectiva, el principio incorpora dos aspectos básicos de trascendencia para las actuaciones administrativas vinculadas a la conformación de las relaciones negociales y son las relativas a resolver los conflictos entre derechos individuales y los bienes e interés de la comunidad, y dentro de este conflicto, basándose en un desarrollo lógico de medio a fin, determinar si la utilización de un determinado medio es proporcional para la consecución de cierto fin⁸⁷².

La proporcionalidad no solo constituye un instrumento de control a la arbitrariedad de la administración, es también, una norma guía del comportamiento permanente de la administración en todas sus relaciones con los asociados, sea en la estructuración de decisiones generales o particulares.

⁸⁷⁰ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 36.

⁸⁷¹ BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 500.

⁸⁷² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., p. 105.

En esta dirección, se le conoce doctrinalmente como una vertiente normativa o de mandato⁸⁷³.

La proporcionalidad deviene para el ámbito de la contratación pública nacional por la vía del artículo 36 del código contencioso administrativo que la establece como la metodología adecuada para efectos de reconducir por los ámbitos de la juridicidad las facultades discrecionales de la administración, estableciendo que en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional resulta ser arbitrario y, por lo tanto, contrario a la Constitución. Frente a los derechos fundamentales destaca la Corte Constitucional, la proporcionalidad busca ante todo evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional⁸⁷⁴.

⁸⁷³ DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 32. “[...] La naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Por ejemplo, la adopción de una orden de derribo trae consigo un juicio de proporcionalidad por parte del órgano administrativo competente, al igual que la ejecución forzosa de la misma. En este sentido podemos hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas. [...] Los contratos administrativos pueden ser objeto de un juicio de proporcionalidad, especialmente en lo que afecta a los requisitos para ser contratista y los contenidos de la relación contractual. La peculiaridad del Derecho de contratos administrativos hace de éste un banco de pruebas para la proporcionalidad, a medio camino entre el homólogo privado del principio y la aplicación publicista del mismo. Sin embargo, en la medida en que se trata una relación entre el poder público y un particular con una tendencia al exceso, el principio interviene con toda su fuerza, pero con peculiaridades propias a la relación contractual cuando se aplique al contenido o extinción de ésta.”

⁸⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-448 de 1997, C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997, 584 de 1997 y C-741 de 1999.

En lo que respecta al principio de proporcionalidad ha indicado de manera reiterada la Corte Constitucional que constituyen principios de orden constitucional cuya operatividad jurídica implica la contención a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos⁸⁷⁵, sujetándolos a los parámetros del orden constitucional, haciéndolos respetuosos de las bases sustentadoras del orden jurídico a partir de la adecuación de su ejercicio a los senderos limitadores de orden superior, impidiendo el ejercicio ilimitado y sin justificación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil del poder en dirección al cumplimiento de sus propósitos y finalidades⁸⁷⁶. La proporcionalidad está sujeta a un claro “tes” lógico que combina una serie de principios determinantes para su debida estructuración garantística⁸⁷⁷, al igual

⁸⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 2002. “En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio. [...] La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del Estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de derecho, fuerza normativa de la Constitución y carácter inalienable de los derechos de la persona humana.”

⁸⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-822 de 2005. C-1404 de 2000. C-173 y 551 de 2001.

⁸⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-301 de 2004. “A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. El operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida (i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada.” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009. “El test de proporcionalidad es un instrumento valioso para el análisis de los problemas de igualdad que surgen en aquellos eventos en los cuales determinadas disposiciones incorporan razones para dar un tratamiento distinto a supuestos de hecho que son asimilables. Cuando a partir de la norma y de sus antecedentes no es posible establecer la existencia de una razón para el trato diferenciado, se constataría directamente la afectación del principio de igualdad, sin necesidad de acudir al test de proporcionalidad, no siendo necesario acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables; frente a situaciones que son equiparables, si de la norma no se desprende una razón que explique el trato diferente, el mismo puede atribuirse, entre otras consideraciones, a una omisión legislativa por inadvertencia o por un abierto propósito

que aun profundo análisis en torno a la adecuación o no al principio de igualdad⁸⁷⁸.

Sobre esta base y de frente al respeto y preponderancia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional se espera que el ejercicio del poder este dado a partir de decisiones ponderadas o proporcionales, esto es, que las mismas, independientemente de la finalidad legítima pretendida en el ejercicio del poder, sean el resultado de un proceso de valoración de la necesidad y utilidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales para el logro de la misma. Que exista coherencia y adecuación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil entre las restricciones impuestas para el ejercicio del poder y los beneficios que se generan de las mismas. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional resulta ser arbitrario y por lo tanto contrario a la constitución.

Dentro del Estado constitucional no se desconoce que el legislador posee una potestad de configuración en diversas materias, entre ellas principalmente en lo relacionado con los derechos fundamentales de por sí amplia, más no ilimitada, mucho menos arbitraria. La potestad configuradora del legislador esta fundada en la constitución, por lo tanto, esto implica su naturaleza limitada, en especial, por los principios generados en este mismo orden normativo, como son los de razonabilidad y proporcionalidad que hacen que el ejercicio configurador del legislador se amolde a los principios y valores constitucionales, haciendo en consecuencia, que las posibles limitaciones a los derechos fundamentales, que

discriminatorio, pero en la medida en que no existe una razón con base en la cual se pretenda justificar la diferencia de trato, tampoco es necesario acudir al test de proporcionalidad.”

⁸⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 697 de 2004. “Una de las grandes dificultades en el control del respeto a la igualdad es hasta qué punto debe el juez respetar el criterio de diferenciación usado por las autoridades políticas, a fin de evitar un análisis demasiado estricto, que podría aniquilar el ordenamiento legal, o por el contrario adelantar un escrutinio demasiado respetuoso del legislador, que vacíe de eficacia este derecho. La única forma de superar esa dificultad es modular la intensidad del juicio de igualdad, teniendo en cuenta el grado de libertad de que goza la autoridad política. Esto conduce a la siguiente regla: entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional del respeto de la igualdad, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador utiliza criterios o regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución. La necesaria modulación del juicio de igualdad y su relación con el grado de libertad de configuración de la autoridad política ha sido reconocida por esta Corte en innumerables ocasiones.”

se puedan producir en aras al cumplimiento de los propósitos y finalidades estatales, no resulten en manera alguna arbitrarios.

Las limitaciones a los derechos fundamentales aceptadas por el ordenamiento constitucional, en ejercicio de la potestad configuradora del legislador, son solo aquellas que resulten ser adecuadas para lograr el fin buscado, y adicionalmente deben ser necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser “*proporcionales stricto sensu*”, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar⁸⁷⁹

III.- LA PROCEDENCIA DE LAS ANTERIORES REGLAS METODOLÓGICAS EN RELACIÓN CON CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SUJETOS A DECISIÓN DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA SU ESTRUCTURACIÓN.

En la aproximación conceptual al contrato de concesión de servicios públicos, hemos identificado una profunda y compleja concurrencia de elementos de las más variadas características y naturaleza que hacen de la figura un verdadero campo experimental en materia jurídica negocial, con el agravante de que la labor experimental no cuenta con unas fórmulas ciertas y predefinidas en la ley contractual del Estado, sino que su formulación y concreción, para cada caso, le corresponde a la administración, a través del ejercicio razonado y justificado de la habilitación derivada de las facultades discrecionales que se le reconocen para la estructuración de sus negocios, conforme a las reglas y metodologías, que fundadas en criterios democráticos y de consolidación del Estado social de

⁸⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-822 de 2005, C-309 de 1997, C-448 de 1997, C-584 de 1997, C-648 de 2001 C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997, 584 de 1997 y C-741 de 1999.

derecho y de sus principios básicos de legalidad material, se han propuesto en el numeral anterior⁸⁸⁰.

Como se advirtió en la introducción al presente estudio, el ejercicio de la habilitación conformadora a que hemos hecho referencia constituye objeto y núcleo central de la más importante instancia de formación de los negocios públicos como es la de la planeación. Instancia de inevitable agotamiento pleno para no incurrir, en perturbadores grados de ineficacia del negocio propuesto. En este sentido y para estos efectos, se debe estructurar el contrato de concesión a partir de consideraciones objetivas de estrictas necesidades públicas debidamente motivadas y sujetas a los claros criterios metodológicos analizados anteriormente. Como se observa, se busca ante todo reconducir el comportamiento administrativo en la materia, tanto en la sustentación de la decisión de concesionar, como en la estructuración del acto concesional o del negocio jurídico correspondiente, por las vías y senderos del sistema democrático y de sus principios básicos en materia contractual, garantizando de esta forma los derechos e intereses propios de la comunidad, el bienestar general y, en consecuencia, la consolidación de los presupuestos fundamentales de la cláusula constitucional del Estado social de derecho.

El deber planificador resulta inevitable e imprescindible, por lo tanto, configurador de un claro imperativo inaplazable en materia de contratación pública. Su propósito no es otro, como se ha reiterado, bajo los criterios del modelo democrático, que el de diseñar de manera completa, correcta, eficaz y técnica, los proyectos concesionales, por fuera de los marcos de la arbitrariedad, y de motivaciones políticas y subjetivas de los gobernantes, de manera que realmente constituyan respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad y no costosas frustraciones de la misma. Que la concesión no se convierta en una forma más de pago al favor político, o la salida rápida e improvisada ante el apuro de la necesidad prestacional que reclama la

⁸⁸⁰ LUIS PRIETO SANCHIS. *El Juicio de Ponderación Constitucional*, Publicado en Miguel Carbonell. *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 132.

comunidad, o por qué no decirlo, un campo propicio y abonado a la corrupción administrativa y el despojo de lo público.

Las reglas metodológicas propuestas, aplicadas dentro de un sano y razonable proceso planificador del contrato estatal, garantizan la concreción material de caros principios constitucionales de aplicación directa al fenómeno concesional como los del Estado social de derecho con cobertura natural en los subprincipios de ejecución directa de los proyectos públicos por parte de la administración, o de ejecución delegada en terceros – Artículo 365 constitucional -; el subprincipio de financiación pública y presupuestal de las obras, infraestructura y servicios públicos- artículos 366, 367 y 368 constitucionales, entre otros -; el subprincipio de gestión y fiscalización institucional y participativa del servicio y de sus prestadores – artículo 369 constitucional -; el subprincipio de protección a los usuarios – artículo 369 constitucional - ; el subprincipio del régimen jurídico del servicio tan solo determinado por el legislador – artículo 365 constitucional -; el subprincipio del ejercicio de funciones públicas por parte de las autoridades – artículos 121, 123, 210 constitucionales -.

El principio del Estado democrático con los subprincipios básicos rectores de la actividad contractual, como son los de inclusión social; protección a los derechos de los particulares y los usuarios, no discriminación, equilibrio y conmutatividad objetiva de la relación negocial; la igualdad; libertad de los asociados en sus aspiraciones de colaboración en la ejecución de los proyectos públicos; transparencia; pluralismo; tolerancia; participación; planificación y diseño del negocio de manera completa, correcta, eficaz y técnica; transparencia, planeación; participación; objetividad; imparcialidad; publicidad y previsibilidad⁸⁸¹. El de libertad económica con los subprincipios de libertad de empresa, libertad contractual, libertad de entrada, libertad de acceso a los mercados, libertad de inversión, régimen jurídico de derecho privado.

⁸⁸¹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad.- 15001233100019880843101- 8031.

Las técnicas propuestas, esto es, las de ponderación y proporcionalidad que involucran indudablemente técnicas metodológicas que buscan la racionalidad y razonabilidad necesaria de las decisiones administrativas, implican necesariamente, como lo destaca la doctrina alemana estudiada y reportada en la investigación, la concreción de estudios previos suficientes y completos que documenten, sustenten a partir de análisis de contingencias, averiguaciones, evaluaciones, juicios de probabilidades, financieros, económicos etc., la decisión contractual y el proyecto que la acompaña, todo esto, con el fin de disminuir la incertidumbre que la actividad en cuestión pueda generar.

En esta dirección, recogemos para el trabajo la concurrencia a la metodología propuesta sobre la base de dos consideraciones necesarias e indispensables: En primer lugar, el del respeto a la legalidad básica de la cual se derivan las facultades discrecionales, esto es, la observancia de las premisas normativas, aplicables al caso; en segundo lugar, la articulación con los propósitos y finalidades de la base legal en cuestión de absolutamente todos los criterios metajurídicos que hagan posible, visualicen, sustenten de manera racional la decisión que la administración deba adoptar. Es decir, la administración también está obligada a dar al caso concreto una solución oportuna y justa, a optimizar las ventajas y minimizar los inconvenientes de una obra de infraestructura a través de la planificación y a realizar valoraciones técnicas según su mejor saber y entender.

Se trata de obtener en la técnica, las ciencias, etc., los elementos suficientes y necesarios que le permitan dar cuerpo y entidad a la decisión correspondiente, ayudando a romper las barreras en la aplicación de los principios involucrados en la misma, proporcionando los elementos coadyuvantes al soporte del peso adecuado y preciso que reclama el método de la ponderación, o soportar la conveniencia, las ventajas, el costo beneficio de cualquier juicio de proporcionalidad.

Para lo anterior y específicamente en tratándose de la ponderación,

consideramos válido y aplicable a nuestra propuesta académica, estructurar un derrotero de trabajo inicial dentro de cualquier proceso de planeación contractual, como el propuesto de manera general por autores como Arroyo, Bernal y Rodríguez en sus correspondientes trabajos sobre la materia y que podemos sintetizar en los siguientes términos: (i) le corresponde a la administración verificar cuales son las normas jurídicas en conflicto para efectos de la adopción de la decisión que corresponda; (ii) es necesario tener en claro que realmente se encuentra ante un caso concreto de antinomia “...para lo cual se comprobará la posibilidad de subsumir el caso concreto en los presupuestos de hecho correspondientes a ambas normas...”, identificando en este ejercicio las incompatibilidades que se advierta en las consecuencias jurídicas derivadas de este ejercicio; (iii) de existir conflicto, la administración deberá reducir el mismo a través del método de la ponderación, para lo cual es indispensable comprobar el carácter homogéneo de las normas involucradas en el mismo, así como la imposibilidad de que el mismo se pueda resolver a través de un mecanismo de subsunción o de preferencia incondicionada, y (iv) se deberá verificar si el conflicto no ha sido resuelto por otro sujeto o instancia que sea vinculante para el asunto en cuestión⁸⁸².

Al anterior esquema analítico resulta procedente agregar, sobre todo, en cuanto al punto (iii) se refiere, la necesidad de determinar a esta altura del procedimiento el grado de importancia de los principios en colisión; el peso abstracto de cada uno de ellos; la seguridad de las premisas, para cual deberá tenerse en cuenta criterios como los de eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en

⁸⁸² LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre Empresa y Títulos Habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp 71. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons. Madrid, 2000. Del mismo autor, *Ponderación y Actividad Planificadora de la Administración*. Publicado en Luis Ortega, Susana de la Sierra, *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp 118 y 119. “... Pues bien, la exigencia de adoptar la decisión sobre planificación después de identificar los intereses en juego, de atribuirles la importancia que les corresponde y de establecer prevalencias entre ellos para la más correcta satisfacción de esas metas o fines (todo eso es ponderar) es, sin duda, una forma de imponer la racionalidad en el ejercicio de la mencionada libertad conformadora y, al mismo tiempo, la vía más adecuada que la hace compatible con el control de dicha actividad administrativa y la protección jurídica del ciudadano...”

juego en el caso concreto⁸⁸³.

En relación con la proporcionalidad, ella procede en cuanto complemento verificativo de la ponderación apoyando la valoración necesaria para determinar el condicionamiento a que está sometido el principio prevalente en el conflicto, o de manera autónoma, a través de la aplicación del tes analizado que se traduce en la materialización de sus tres subprincipios en relación con los intereses y bienes jurídicos en juego.

1.- EL MARCO NORMATIVO DE LA PLANEACIÓN Y SU CONSOLIDACIÓN EN LA EXIGENCIA DE ESTUDIOS PREVIOS NECESARIOS Y ADECUADOS AL PROYECTO QUE SE PRETENDA DESARROLLAR. ÁMBITO ESPACIAL PARA LA PONDERACIÓN Y LA PROPORCIONALIDAD.

La metodología explicada, es decir, los instrumentos de la ponderación y la proporcionalidad tienen en el derecho colombiano un ámbito concreto de procedencia. El legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente la planeación en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, financieros, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

En esta materia, en el decreto 2474 de 2008, identificamos dos importantes y significativos aportes en relación con este asunto: La profundización en la exigibilidad de los estudios previos en los procesos de selección de contratistas; y la incorporación imperativa del análisis, tipificación y distribución justificada de los riesgos o contingencias a que puedan estar expuestos los

⁸⁸³ CARLOS BERNAL PULIDO. *Consideraciones Acerca de la Fórmula de la Ponderación de Robert Alexy*, Publicado en Eduardo Montealegre, *La Ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2008. pp 124 y ss.

negocios del Estado. Requerimientos estos de carácter sustancial configuradores indudables de requisitos legales esenciales y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento en los contratos que deben sujetarse al marco normativo de la contratación pública. Nos ocuparemos en primer término de los estudios previos, en lo que respecta a los riesgos de la contratación, nos referiremos en extenso a propósito del principio de la previsibilidad, en cuanto en la realidad esta exigencia de planeación por su trascendencia e importancia la hemos catalogado como una verdadera línea dogmática de la contratación, de vinculación estricta con la planeación pública que amerita un tratamiento especial.

1.1.- Estudios previos.

Conforme a lo dispuesto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y 3 del decreto 2474 de 2008, los estudios previos se fundan en la articulación sistemática de los requerimientos técnicos, financieros, económicos y todos los demás necesarios de acuerdo a la naturaleza y características del proyecto a ser desarrollado y el análisis de oportunidad, mérito o conveniencia de someter el mismo a los procesos selectivos de la contratación pública.

En este sentido, entendemos entonces que los denominados estudios previos, a la luz del principio de la planeación, no son otra cosa que la sustentación material de todas y cada una de las decisiones trascendentes que justifican, sustentan y razonan no solo los términos de referencia, sino en lo fundamental el negocio mismo que la administración pretende celebrar en aras de satisfacer las necesidades de la comunidad. No se trata en consecuencia de una simple exigencia formal de simple trámite dentro de la secuencia de antecedente de la selección de contratistas, sino por el contrario, una de las más importantes exigencias de fondo de todo el proceso de selección, en la medida en que a través de ellos, se da cumplimiento al principio garantístico de la motivación y

razonabilidad material de todas y cada una de las decisiones que habrán de regir la actividad contractual en todos sus aspectos⁸⁸⁴.

El artículo 3 del decreto 2474 de 2008 así lo deja visualizado, al disponer que los estudios previos constituyen el soporte del proceso selectivo y en consecuencia del negocio, esto en la medida en que le servirá a los oferentes para medir y determinar el alcance de lo requerido por la entidad y básicamente para medir el alcance de la distribución de riesgos que se proponga para el negocio respectivo. En este sentido, constituye el más precioso cúmulo de información justificante y razonadora de todo el proceso de selección y sin dudar del negocio final que las partes llegaren a celebrar.

Desde la perspectiva de su conformación, los estudios son eso, un conjunto de justificaciones de la más variada índole dependiendo de la complejidad y naturaleza del negocio a celebrar. Indica en este sentido el artículo en comento, que estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Esto de manera independiente del listado formal de componentes a que hace referencia el artículo 3 del decreto 2474 de 2008, en la medida en que como lo establece el párrafo 1º de esta misma disposición, los elementos mínimos previstos en este artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección, o en otras normas como las presupuestales, ambientales, urbanísticas, etc., y, adicionalmente, con todos los demás documentos que la administración considere que deben quedar allí comprendidos para mejor visualizar la forma y contenido del negocio propuesto, en especial, cuando se trate de proyectos que involucren diseño y construcción, caso este en el cual en los términos del párrafo 4 del artículo 3

⁸⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad.- 15001233100019880843101- 8031.

del decreto 2474 de 2008, la entidad está en la obligación de poner a disposición de los oferentes, además de los elementos mínimos a los que hace referencia el decreto reglamentario, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.

En fin, lo que se observa en la materia es el traslado de una amplia facultad discrecional a la administración para estructurar los estudios previos sobre las bases de unos requisitos mínimos de obligatorio cumplimiento, pero sin un techo prefijado normativamente. El techo de componentes de los estudios previos lo define la administración de acuerdo a sus necesidades y, sobre todo, a la complejidad del proyecto a ser desarrollado por la vía negocial.

Los estudios previos desde esta perspectiva están llamados necesariamente a ser públicos, esto es, a estar vinculados manifiestamente con el principio de publicidad contractual. Así las cosas, no solo están sujetos a la publicidad propia de los pliegos y demás documentos contractuales, sino que deben estar permanentemente a disposición de los interesados de manera que los puedan estudiar, consultar y verificar de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones, por lo menos durante todo el proceso de selección, tal como lo establece el parágrafo 3 del artículo en comento.

Bajo el concepto de la imperatividad del principio de la planeación contractual, en cuanto fenómeno vinculado de manera estricta con el concepto constitucional de interés público o general, que llama y proclama a la proscripción de la improvisación en la estructuración de los negocios públicos, lo que se espera del proceso planificador del contrato es la mayor certeza y certidumbre posible en torno al futuro contrato.

Ésta la razón por la cual los estudios previos pueden ser ajustados a lo largo del proceso de selección, es decir, pueden ser revisados con el propósito de hacerlos óptimos y adecuados a lo esperado y necesitado por la administración. En este sentido, no están sujetos a camisas de fuerzas que los puedan hacer frustrantes de frente a las cambiantes condiciones del proyecto

en el mercado, o por causa de las deficiencias con que inicialmente se hubieren elaborado.

Por esta razón, en los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del decreto 2474 de 2008, se abren las puertas para que el contenido de los estudios y documentos previos pueda ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección y durante el curso del mismo, o mediante un documento de ajustes si el mismo es simplemente formal, o mediante su reelaboración integral o parcial, si el ajuste no es realmente ajuste sino más bien un cambio o modificación sustancial del mismo, previa la revocación del acto de apertura del proceso correspondiente.

En esto se debe ser muy claro para no incurrir en equívocos. Si bien es cierto que la idea central del artículo 3 del decreto 2474 de 2008 es la de la modificación a los estudios previos y la de su adaptabilidad durante el curso del proceso de selección, esta idea por regla general se circunscribe estrictamente a aspectos meramente formales o insustanciales de los estudios previos, porque en la realidad de las cosas, si lo que pretende la administración es una modificación profunda, material, sustancial que afecte el objeto, causa, o las condiciones determinantes del negocio, o implique la modificación sustancial de los elementos mínimos dispuestos en el artículo 3 del decreto 2474 de 2008, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura, lo que implica la asimilación del acto de apertura de por sí materialmente preparatorio a un acto plenamente administrativo. Este problema conceptual deviene de las desfiguraciones doctrinales y jurisprudenciales en relación con la revaluada teoría de los actos separables de los contratos. El decreto 2474 de 2008 la recoge admitiendo de manera directa y expresa que el acto de apertura es un acto administrativo de carácter general por esencia susceptible de revocación. Esto es, un acto pleno y no sustancialmente preparatorio⁸⁸⁵.

⁸⁸⁵Decreto 2474 de 2008. Artículo 5º. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada

El problema de fondo frente a este procedimiento indicado en la reglamentación estriba en la determinación objetiva de los límites que deben existir entre el simple ajuste y la modificación de fondo de los estudios previos. Límite que el gobierno no se atrevió a establecer en el decreto 2474 de 2008, dejándolo al arbitrio de la discrecionalidad administrativa, quedando en consecuencia los procesos de selección de contratistas expuestos a terminaciones anormales, no solo por razones de ilegalidad, sino también de conveniencia, mérito u oportunidad, en la realidad de las cosas medidas, como ya se advirtió discrecionalmente por la administración, esto, dada la estructuración de las causales de revocación dispuestas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de lo establecido y requerido en otras disposiciones, principalmente en el artículo 25 de la ley 80 de 1993, tales como, cumplimiento de exigencias técnicas previas; elaboración de proyectos; cumplimiento de las exigencias previas del estatuto orgánico del presupuesto; análisis previo de oportunidad, conveniencia o mérito para iniciar el respectivo proceso de selección; obtención de licencias, permisos y demás exigencias normativas; y

y concurso de méritos. Para la contratación directa, se dará aplicación a lo señalado en el artículo 77 del presente decreto.

El acto administrativo de que trata el presente artículo señalará:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

Parágrafo 1º. El proceso de selección podrá ser suspendido por un término no superior a quince (15) días hábiles, señalado en el acto motivado que así lo determine, cuando a juicio de la entidad se presenten circunstancias de interés público o general que requieran analizarse y que puedan afectar la normal culminación del proceso. Este término podrá ser mayor si la entidad así lo requiere, de lo cual se dará cuenta en el acto que lo señale.

Parágrafo 2º. En el evento en que ocurra o se presente durante el desarrollo del proceso de selección alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, la Entidad revocará el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección.

los demás requerimientos legales relativos a las condiciones de los proponentes, como contenido mínimo de los estudios previos.

1.2.- Contenido mínimo de los estudios previos.

1.2.1.- La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación:

La descripción de la necesidad debe corresponder o ser el resultado de los procesos internos de planeación de la entidad de donde surjan plenamente identificadas el gran universo de necesidades públicas que pueden ser objeto de atención y respuestas de la administración a través de la vía contractual. Ahora bien, de manera específica deben ser objeto de identificación en los términos de la norma, aquellas necesidades que justificadamente clasifican para ser atendidas por la vía contractual, esto en consonancia con lo dispuesto en el artículo 25 Nos 7 y 12 de la ley 80 de 1993, que son precisamente las normas que le sirven de fundamento a los estudios previos, para el caso en especial el No 7 cuando determina la metodología adecuada para desclasificar unas necesidades y materializar otras como prioritarias en materia contractual.

En efecto, en esta disposición, el legislador ha establecido en virtud del principio de planeación, la obligatoriedad para la administración de analizar de manera previa y motivada la materia objeto del contrato proyectado, esto es, la necesidad que la motiva a contratar, incorporando para estos efectos juicios de oportunidad, conveniencia o mérito. Al respecto destaca la disposición que “... *la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso...*” y es precisamente esto lo que se desea desarrollar al obligar a describir la necesidad que se pretende satisfacer con el contrato público, que se explique, motive, justifique por qué una determinada necesidad pública clasifica para ser satisfecha mediante un contrato público, frente a otras que también identificadas dentro de los procesos de planificación quedan desechas

o por lo menos desplazadas para futuras oportunidades contractuales.

Se trata de un juicio garantístico, con el cual se pretende evitar la arbitrariedad y la improvisación en materia contractual, en cuanto obliga a dar razones y motivos en la sustentación de la necesidad llamada a ser atendida contractualmente.

Desde la perspectiva de la metodología propuesta indudablemente, la definición exigida en la norma se rige por los presupuestos del principio de proporcionalidad, para lo cual la administración deberá diseñar un tes que le permita sustentar y dar las razones suficientes de que la medida adoptada – definición de un objeto contractual proveniente de una necesidad pública, es la adecuado para atender la misma.

1.2.2.- La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar:

La exigencia conlleva no solo el presupuesto jurídico de la definición del objeto del contrato, sino también y principalmente el de su sustentación técnica de ser el caso. Al igual que el requisito anterior, la norma reglamenta lo dispuesto en el artículo 25 Nos 7 y 12 de la ley 80 de 1993, sin embargo, de manera concreta se observa un desarrollo directo y especial del No 12 inciso 1.º, de esta disposición según el cual para todo proceso de escogencia de contratistas por parte del Estado, *“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia...”* y, por lo tanto, definir de manera concreta el objeto de lo que se pretende contratar, que dicho sea, guarda estrecha relación con la necesidad identificada y justificada en los términos expuestos en el literal anterior.

Obsérvese que el legislador le traslada la obligación perentoria e inobjetable a los responsables de la contratación pública de cada entidad estatal, de

seleccionar, definir y perfeccionar los objetos a contratar a través de estudios, diseños o proyectos, de manera que se puedan visualizar sus más profundas intimidades, con el propósito de obtener los elementos objetivos para elaborar jurídicamente el objeto del negocio a ser celebrado, los términos de referencia. Aspira el legislador a que la administración posea la información y conozca cada uno de los aspectos y la problemática del objeto a contratar de forma tan precisa como si ella misma lo fuera a ejecutar.

Se trata indudablemente de una norma que contiene una regla de carácter imperativo y de obligatorio cumplimiento, esto es, nos encontramos ante un caso concreto de norma de precedencia incondicionada que no está llamada en inicio a entrar en conflicto con ninguna otra y de advertirse alguno se solucionaría por la vía de la subsunción.

1.2.3.- Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección:

Se trata de una exigencia vinculada con el deber de sustentación jurídica de toda decisión material de la administración, para el caso, nada más y nada menos que la de soportar a la luz del derecho la modalidad de selección que debe adelantar la administración para la selección del contratista, sobre todo, en los casos en que este asunto puede conllevar algún tipo de problemática dada la falta de claridad normativa al respecto, o en los casos en que el legislador permite de alguna manera la selección de otras vías para la selección correspondiente. De todas maneras, independientemente de estas circunstancias, está claro que siempre se deberán dar las razones jurídicas que justifican el sendero de selección correspondiente.

Desde la perspectiva formal, aparentemente la norma incorpora un nuevo caso de precedencia incondicionada, es claramente una norma imperativa. Sin embargo, desde la perspectiva material, la decisión correspondiente podría enfrentar principios en la definición del régimen jurídico correspondiente, para lo cual en esta instancia, la administración tendría que acudir a los mecanismos

de la ponderación.

1.2.4.- Justificación del valor del contrato.

El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos, no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión, no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración:

Se trata de una exigencia compleja dentro de los estudios previos que contienen varios aspectos de suprema importancia y trascendencia para la vida jurídica y económica del proceso de selección y para el negocio mismo que habrá de celebrarse. Veamos cada uno de sus componentes:

- *“... Análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo...”*: Con este primer requerimiento, se pretende ante todo que el valor estimado del contrato obedezca a criterios de razonabilidad y objetividad y no a la improvisación o subjetividad de la administración que puede ser lesiva a los intereses generales y al patrimonio público. Se espera que el precio a pagar por la administración corresponda objetivamente a lo que se recibe en bienes y servicios. En este sentido, lo que el decreto reglamentario está esperando de la administración es toda una actividad justificativa o de soporte de los precios que se incorporan en los estudios previos independientemente de la metodología adoptada o utilizada para estos efectos. En este aspecto, lo que se observa es un alto grado de discrecionalidad de la administración con el fin de determinar los métodos o técnicas más adecuados para llegar al valor estimado del contrato.

Ahora bien, independiente de esto, de todas maneras se obliga a que la administración destape sus cartas y exponga en la sustentación del valor las diferentes variables y criterios utilizados para llegar objetivamente a los valores que señale en los estudios y pliegos. En definitiva, tal como se ha expuesto en otros apartados del presente documento, lo que se busca con esta exigencia es vincular la actividad planificadora del contrato a las reglas garantísticas de la motivación esenciales para la convivencia dentro del contexto del Estado democrático y de derecho.

Se trata de la vinculación de los estudios previos con la obligación previa de establecer durante la planeación del contrato los precios reales del mercado de los objetos a ser contratados por la administración, para que ésta cuente con el referente objetivo necesario en materia de precios que le permita evaluar objetivamente las propuestas presentadas durante los procesos de escogencia de contratistas.

Obsérvese que a esta altura de la planeación del contrato, deben estar definidos con su debida sustentación técnica y económica los costos del negocio. Esto es, de lo que de acuerdo con las reglas del mercado pueda ser el costo de los bienes, servicios, suministros, etc., es decir, del objeto u objetos a contratar, en un lugar determinado, en un momento determinado, bajo determinadas circunstancias y conforme a las variables que el objeto del contrato implique, tales como cantidad, calidad, especialidad, etc. Lo anterior, con el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos, de lo que verdaderamente cuestan en el tráfico jurídico ordinario dichos bienes o servicios y se adecue plenamente a la conmutatividad objetiva que en esta materia se deriva del artículo 28 de la ley 80 de 1993. Debemos recordar para estos efectos, que en virtud de la economía de mercado y de la libre competencia económica, instituida constitucionalmente a partir del artículo 333 de la C. N., las entidades estatales son otros sujetos más del mercado; por lo tanto, están vinculadas a todas aquellas reglas y normas que les determinan los precios dentro de esta economía libre y abierta, irresistiblemente regida por las leyes de la oferta y demanda.

La razonabilidad de esta decisión contractual tan solo puede provenir de la aplicación metodológica de la proporcionalidad que permita justificar el porqué el precio del negocio, su fuente objetiva y los costos y beneficios que esta decisión implica en relación con los intereses públicos.

- *“...En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos...”*. Esta exigencia guarda armonía con lo analizado en los párrafos anteriores, en el sentido de así se trate de precios unitarios, estos deben estar debidamente soportados y meramente indicados, debiendo el precio final ser el producto objetivo de la sustentación de cada uno de ellos.

- *“... En el caso del concurso de méritos, no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión, no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración...”* Estas limitantes están dirigidas básicamente a la publicidad de ciertos aspectos de los estudios previos, en cuanto implicaría hacerle el trabajo al proponente, perdiendo la entidad los referentes objetivos sobre los cuales podrá evaluar y criticar razonablemente las propuestas que se presenten en este tipo de procesos de selección. Ahora bien, esta limitante no exonera del deber de elaborar los estudios previos correspondientes, lo que sucede es que una vez elaborados, respecto de ellos debe guardarse la reserva necesaria. Ahora bien, entendemos la necesidad de preservar los intereses públicos que guarda esta disposición, sin embargo, obsérvese que esta limitante se está haciendo en una norma reglamentaria y no en la ley, como claramente lo disponen los artículos 74 de la Constitución Política en concordancia con el 19 del Código Contencioso Administrativo. Ahora bien, mientras subsista esta disposición, el deber de la administración pública es guardar la reserva adecuada al componente de los estudios previos que aborde las materias indicadas, conforme lo establece el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo.

1.2.5.- La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del decreto 2474 de 2008:

Dos aspectos se resaltan de esta exigencia de los estudios previos: el primero, que los factores de selección estén debidamente justificados, esto es, que estén motivados, sean lógicos y coherentes, proporcionales a los propósitos para los cuales se adoptan; el segundo, que dada la intervención legal en relación con la selección objetiva, la justificación de los factores de selección debe guardar relación directa con las reglas relativas a la selección objetiva tendientes a la obtención del ofrecimiento más favorable a la entidad. En este sentido, podríamos afirmar que en gran medida las justificaciones de los factores de selección son regladas, no existen mayores márgenes de discrecionalidad en cuanto se refiere a la temática involucrada en el mencionado artículo 12 del decreto reglamentario. El juicio que acompaña esta decisión indudablemente no es otro que la proporcionalidad como ya se dejó anotado.

1.2.6.- El soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato:

Esta exigencia está en directa relación con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, que incorporó en el ordenamiento jurídico colombiano de manera imperativa, la identificación y asignación de los riesgos y contingencias previsibles de la correspondiente actividad contractual. En cuanto a los estudios previos se refiere, el reglamento, al igual de lo identificado en las anteriores exigencias, está obligando a la motivación expresa y clara de las razones, metodología y criterios adoptados y ejecutados en la actividad de estimación, tipificación, y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Se trata pues de una reiteración de la concepción garantística de la motivación aplicada a la planeación del contrato estatal, en este aspecto neurálgico para el destino de los negocios públicos como lo son el de la

estimación y de la asignación de riesgos. Sobre este tema, volveremos en extenso al ocuparnos del principio de la previsibilidad.

Eventualmente, la asignación de riesgos puede involucrar juicios de ponderación cuando se enfrenten principios como los de libertad de empresa e interés general, esto en la medida en que la norma en razón de este último obliga a la distribución de riesgos, pero deja al margen de la discreción motivada el número e intensidad de los que debe asumir cada parte, lo cual debe resolverse a partir de un completo análisis y una debida distribución que haga compatible los dos intereses en juego, obviamente haciendo predominar el del interés general, dado que el peso de éste es significativo en cuanto a las bondades que se tiene para todo presupuesto público, el de la definición previa de las contingencias que pueden afectar el negocio. De todas maneras, operaría también un claro tes de proporcionalidad, en la definición de la intensidad de los riesgos que las partes deben asumir, esto con el fin de hacer racional la exigencia normativa.

1.2.7.- Análisis y sustentación de las garantías del negocio.

El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular: Las garantías de cumplimiento y de responsabilidad a que se refiere el artículo 7 de la ley 1150 de 2007 no se imponen en los contratos del Estado de manera mecánica, obedecen necesariamente al análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ejecución del contrato y de los riesgos que el cumplimiento y la responsabilidad a que puedan estar expuestas, circunstancias estas que deberán ser evaluadas al momento de los estudios previos por parte de la administración y dejarlo plasmado de manera motivada y justificada. Nos encontramos ante el típico deber de motivación, justificación y juicio de razonabilidad, al cual hemos hecho mención reiteradamente en el presente documento.

Los criterios metodológicos a ser aplicados para llegar a este tipo de decisión son los mismos indicados a propósito de la norma anterior.

1.2.8.- Elaboración razonada de los pliegos de condiciones.

La elaboración de los pliegos debidamente estructurados de conformidad con el contenido establecido en el artículo 6 del decreto 2474 de 2008. Aunque esta exigencia no se encuentra enlistada en el artículo 3 del decreto 2474 de 2008, resulta ser una consecuencia inevitable de toda la actividad sustentadora y motivadora del proceso contractual concentrada en la etapa de los estudios previos. El resultado de los mismos no puede ser otro que la construcción de un pliego de condiciones que habrá de regir el proceso de selección y determinar el contenido del negocio a ser celebrado⁸⁸⁶.

Se trata nada menos que de *la elaboración previa de las condiciones normativas* rectoras del contrato, esto es, de las disposiciones a las cuales deben someterse la administración y los proponentes para la escogencia, celebración, ejecución y liquidación del contrato y que no se encuentran establecidas en las normas legales y reglamentarias.

Implica por su naturaleza y origen el otorgamiento de claras atribuciones normativas a las entidades estatales para que establezcan regulaciones en materia contractual, productoras de efectos jurídicos para todos aquellos involucrados en la relación contractual. Más que una exigencia propia del principio de planeación, se trata de la principal y más importante consecuencia de este principio frente al contrato. En la práctica, significa la consolidación de la esencia misma de la planeación resumida en las disposiciones técnicas, financieras, administrativas, jurídicas, ambientales, etc., que la misma administración dicta para regular la esfera de acción del contrato.

Los pliegos de condiciones comparten una doble naturaleza administrativa,

⁸⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad.- 15001233100019880843101- 8031.

según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación⁸⁸⁷.

Conforme lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del decreto 2474 de 2008 y sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, para los cuales se establecen algunos requisitos adicionales y adicionalmente dando estricta cumplimiento a los requisitos garantísticos de la selección objetiva establecidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta de acuerdo a las necesidades del proyecto correspondiente correspondiéndole en esto a la administración un alto grado de discrecionalidad y adicionalmente como mínimo lo siguiente: La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso. Esta información se presentará siempre en documento separable del pliego de condiciones, como anexo técnico, el cual será público, salvo expresa reserva; los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas, así como la evaluación y ponderación de las mismas y la adjudicación del contrato; las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso; las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías y demás asuntos relativos al mismo; al pliego se anexará el

⁸⁸⁷CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad.- 15001233100019880843101- 8031.

proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios.

Los pliegos de condiciones pueden ser modificados, la modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello. En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la adenda deberá incluir el nuevo cronograma, estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso.

No se requiere de pliego de condiciones cuando se seleccione al contratista bajo alguna de las causales de contratación directa y en los contratos cuya cuantía sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.

2.- LA APLICACIÓN CONCRETA DE LA METODOLOGÍA PROPUESTA A LAS DECISIONES PROPIAMENTE RELATIVAS AL ÁMBITO Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Retomando el contenido y descripción del artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 sobre contrato de concesión en el derecho nacional, tenemos que por el mismo se entiende que son todos aquellos 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.

De esta descripción, se desprende una pluralidad de elementos que deben ser materializados en cada caso concreto por la administración a través del ejercicio razonado de su habilitación, para estos efectos derivada de las facultades discrecionales que claramente la norma le adjudica, tal como pasa a exponerse:

2.1.- La definición de la concesión como el modelo adecuado para la atención de las necesidades de la comunidad.

La primera gran decisión que indudablemente debe adoptar la administración pública en materia concesional es la de si, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 365 constitucional, desarrolla de manera directa el proyecto prestacional que la necesidad pública reclama, o si por el contrario, desagrega sus titularidades en la materia correspondiente y las traslada a la iniciativa privada. Esta decisión indudablemente debe estar precedida de todo un juicio justificante derivado en pleno de la aplicación de los criterios metodológicos de la ponderación y, sobre todo, de la proporcionalidad. Evidentemente nos encontramos en hipótesis como esta ante una clara coincidencia de dos principios fundamentales que interactúan para efectos de la adopción de la decisión que corresponda, por una parte, el principio del Estado social de derecho a través de sus subprincipios de ejecución directa de los proyectos públicos por parte de la administración o de ejecución delegada en terceros – Artículo 365 constitucional -; el subprincipio de financiación pública y presupuestal de las obras, infraestructura y servicios públicos- artículos 366, 367 y 368 constitucionales -, coincidentes con el de libertad económica. En la medida que se adopte uno de ellos, los efectos serán diferentes.

Si los insumos de peso propios de la ponderación, derivados del proceso de planeación contenido en los estudios previos, ofrecen suficientes elementos materiales y sustanciales para desbalancear la relación a favor de la iniciativa privada, significa que se le abre paso al fenómeno concesional, en razón entre otras razones de peso, al manejo independiente de la prestación, las ventajas financieras que ofrece el privado en relación con la insuficiencia de recursos presupuestales, la falta de experiencia administrativa en la materia, etc. Si el resultado de los estudios previos le otorga mayor peso justificante demostrado a la administración, la ponderación debe rechazar la iniciativa privada y privilegiar la ejecución directa del proyecto.

Se trata evidentemente de una clara relación de precedencia condicionada, en donde los elementos de la condición los proporciona la planeación, en concreto, el resultado de los estudios previos. Para estos efectos, resulta de la mayor importancia el juicio de proporcionalidad en estricto sentido, que vendría a reforzar el proceso de ponderación, mostrándonos las ventajas y la relación de costo beneficio de la decisión o no de concesionar, y lo adecuado a un punto óptimo de la misma, en relación con los derechos de los sujetos involucrados eventualmente en el negocio correspondiente.

2.2.- Las definiciones relativas al contenido mismo del contrato de concesión de servicios públicos.

De la lectura del artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993, se observan varias decisiones trascendentes y de fondo en relación al desarrollo de las facultades discrecionales, entre las más importantes tenemos las siguientes:

2.2.1.- La definición del sujeto activo de la relación negocial.

La definición del sujeto activo de la relación no ofrece mayores dificultades en la ley. Se trata de un fenómeno de simple aplicación de reglas y no de principios como debe ser en un asunto típico del ejercicio de competencias

administrativas. La ley nos proporciona las siguientes reglas para efectos de la definición del sujeto activo de la contratación en Colombia:

El legislador de tiempo atrás, de manera general en los artículos 2 y 32 de la ley 80 de 1993, definió un preciso marco de criterios determinantes del carácter o no, de entidad estatal, para efectos de la contratación pública estatal, en consecuencia de la naturaleza del contrato que surge cuando una de estas entidades es parte en cualquier negocio.

En este sentido, en la mencionada ley se han diseñado unos precisos criterios para efectos de identificar todos aquellos sujetos públicos que pueden actuar con este carácter dentro del contrato estatal; criterios que en últimas pretenden entregarle al intérprete elementos suficientes para identificar qué entidades o dependencias pueden ostentar, para efectos contractuales, el carácter de “entidades estatales” y, en consecuencia, quedar afectos, de manera irrestricta, a las reglas, principios, procedimientos y demás disposiciones sustanciales y adjetivas del estatuto de la contratación estatal.

En principio, y conforme a lo establecido en la parte final del inciso 3.º del artículo 110 del Decreto 111 de 1996, entendemos por regla general, como entidad estatal, todos los órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica y, por lo tanto, que actúen por su misma naturaleza, de manera ordinaria y normal en el tráfico jurídico, por el sólo hecho de su existencia, sin necesidad de autorización especial por parte del legislador, para ejercer uno de los principales atributos de su personalidad, cual es el de la capacidad contractual; no obstante lo anterior, el legislador se ha preocupado por establecer algunas reglas adicionales con el fin de amplificar el concepto de entidad estatal, entre las cuales podemos citar las siguientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993.

- **Primera regla:** indica que se considerará entidad estatal, esto es, posible parte contratante en un contrato estatal, cualquier “... organismo o dependencia del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos...” (lit. b

num. 1 *in fine* art. 2.º Ley 80 de 1993). Esta disposición del estatuto contractual tiene relación directa con el artículo 352 de la C. N. – según el cual es competencia del legislador, a través de la ley orgánica del presupuesto, regular lo correspondiente a la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar – y con el 110 del Decreto 111 de 1996 (que compila las normas del estatuto orgánico del presupuesto), donde se define de manera general la capacidad de contratación para efectos del contrato estatal.

La Corte Constitucional, al interpretar esta relación normativa, donde disposiciones del estatuto contractual al parecer abordan materias de la ley orgánica del presupuesto, sostuvo que necesariamente entre las normas del primer estatuto y las propias del orgánico del presupuesto, debía existir una relación de complementariedad, con el propósito de hacer viable el sistema de contratación del Estado colombiano; para estos efectos, dedujo la Corporación que el artículo 352 de la C. N. no excluía la posibilidad de que en el régimen de contratos del Estado, se indicara de manera concreta qué entidades tenían capacidad para contratar, pues lo que se observa del artículo constitucional, es que se le hace entrega de una competencia general al legislador, para que sea desarrollada en ese mismo sentido en el estatuto orgánico del presupuesto, dejando las puertas abiertas, para que el mismo legislador, de manera concreta y específica, en un estatuto apropiado como el de la contratación del Estado, indique cuáles son los entes estatales con capacidad contractual, estableciendo de esta manera una interpretación armónica y lógica sobre la materia⁸⁸⁸.

⁸⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 374 de 1994. "...1.º Las entidades estatales están expresamente mencionadas en el artículo 352 de la C. N., norma según la cual, "Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar". Hay que recordar que la Ley 80 dice en su artículo 2.º que "para los solos efectos de esta ley" se denominan entidades estatales, con lo cual, evidentemente, se está refiriendo a la capacidad para contratar de que trata el artículo 352. 2.º Según el último inciso del artículo 150 de la C. N., "Compete al Congreso expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional". Que fue, precisamente, lo que hizo el Congreso al dictar la Ley 80, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública". Y es de elemental lógica, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que en el mencionado estatuto se determine qué entidades estatales tienen capacidad para contratar y cuáles son los funcionarios que obran en sus respectivos nombres. Hay que aclarar que, a

- **Segunda regla:** esta regla en la práctica jurídica constituye un importante criterio adicional, para la determinación de una entidad estatal para efectos contractuales. Tiene como punto de partida la identificación concreta de cada uno de los posibles sujetos que pueden eventualmente intervenir en una relación contractual de donde surjan obligaciones para el Estado. A través de ésta, se pretende recoger la tipología de entidades públicas, del sector central y descentralizado, como entidades estatales, para efectos contractuales. Esta metodología legislativa se encuentra contenida en el literal a), artículo 2.1 del estatuto, en cuya primera parte se identifican algunas modalidades de entidades públicas con personería jurídica como entidades estatales. Entre ellas tenemos las siguientes: *“La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas...”*.

- **Tercera regla:** adicional a lo anterior, se agrega en la disposición una regla complementaria, a partir de considerar como entidades estatales con capacidad contractual, incluso algunas dependencias administrativas integrantes de entidades superiores, es decir, pertenecientes a la Nación, los departamentos, los municipios, los distritos, reconociéndoles a todos ellos, no personería jurídica sino simple capacidad contractual. Esta regla está contenida en el literal b), del artículo 2.1 de la Ley 80 de 1993, en donde se identifican como entidades estatales algunos organismos de los diferentes

primera vista, podría pensarse en una contradicción entre los artículos 352 y 150 inciso final. ¿Por qué? Porque la última parte de la primera norma establece que la ley orgánica del presupuesto regulará “la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”, y, según el último inciso de la segunda, “Compete al Congreso expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional”. Tal contradicción, sin embargo, es apenas aparente, como se explicará. En la ley orgánica pueden hacerse definiciones sobre la capacidad de contratar, para efectos de la ejecución presupuestal. En el estatuto general de contratación, por el contrario, se hace la determinación concreta de los funcionarios que contratarán, como se ha hecho por medio de la Ley 80 de 1993. No existe, pues, contradicción alguna...”

poderes públicos y órganos autónomos e independientes, los cuales, no obstante no tener personería jurídica⁸⁸⁹, en la medida en que actúan tradicionalmente en el tráfico jurídico, amparados con la personalidad jurídica de una entidad superior (Nación, departamento, municipio, distrito, etc.), el legislador les ha reconocido capacidad contractual. Entre ellas tenemos las siguientes: *“El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales...”*.

Esta incorporación al texto de la ley de algunas entidades, con simple capacidad contractual, mas no con plena personalidad jurídica, ocasionó, al momento de la expedición de la ley, algunas reacciones en sectores doctrinales, que consideraban inconstitucional el reconocimiento legal de capacidad a sujetos sin personalidad jurídica, olvidando que el constituyente, para efectos contractuales, no había acudido al criterio de la personalidad jurídica, sino al de la simple capacidad, para habilitar a determinados organismos dentro del tráfico jurídico contractual.

Para la Corte Constitucional, el conflicto planteado por la doctrina no mereció una solución por la vía de la inconstitucionalidad. La Corte llegó a la conclusión de que a través de la capacidad reconocida a ciertas dependencias estatales, lo que el legislador estaba haciendo no era otra cosa que habilitar a ciertos órganos para que actuaran y comprometieran a la persona jurídica a la que necesariamente deben pertenecer, sin vulnerar, por lo tanto, ninguna norma de carácter constitucional⁸⁹⁰. El estatuto orgánico del presupuesto recoge en su

⁸⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 374 de 1994.

⁸⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 374 de 1994. “...Es claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la Ley 80 no lo son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios. La actuación del funcionario competente a nombre de la correspondiente entidad estatal vincula a la Nación, al departamento o al municipio como persona jurídica. Al fin y al cabo, todos los efectos del contrato se cumplirán en relación con la respectiva persona jurídica: ella adquirirá o enajenará los bienes, si de ello se

artículo 110 el anterior planteamiento jurisprudencial al indicar: ... *Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección...*

Es de observar, que en esta misma disposición se reconoce, así mismo, capacidad de contratación a las superintendencias, unidades administrativas especiales, entidades territoriales, asambleas, concejos, contralorías, personerías territoriales.

- **Cuarta regla:** tiene relación directa con todas aquellas personas jurídicas que independientemente de su denominación, el Estado – Nación, Departamento, Municipio, Distrito - tenga una participación mayoritaria superior al 50%, esto es, que esencialmente los recursos involucrados en su constitución sean recursos públicos. A todas las entidades que reúnan este requisito esencial, para efectos de la contratación pública, se las consideran entidades estatales y, en consecuencia, sus contratos se regirán por los parámetros imperativos de la ley de contratación de las entidades estatales, ley 80 de 1993 y demás normas concordantes o modificatorias conforme al literal a) artículo 2.1 de la Ley 80 de 1993. Indica la disposición lo siguiente: “... *las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles...*”

Obsérvese que el elemento determinante para la procedencia de la regla está dado por la presencia de recursos públicos mayoritarios en la conformación de una persona jurídica, independientemente de la naturaleza jurídica que la misma pueda ostentar, conforme a los parámetros de la ley 489 de 1998 o del

trata; si se contraen obligaciones económicas, se pagará con cargo a su presupuesto, etc. Por lo anterior, no hay duda de que no es menester elaborar teorías complejas sobre personalidades jurídicas incompletas, existentes sólo para contratar. En tratándose de la Nación, verbigracia, ésta es una sola: la Ley 80 se limita a señalar, en diferentes campos y materias, qué entidades estatales tienen capacidad para contratar y cuál funcionario obra a nombre de tales entidades...”

Código Civil o Comercial. Bajo estos parámetros, el legislador las equipara de manera clara e inobjetable a entidades estatales, para los solos efectos de la contratación que realicen. La regla no está determinada por el objeto del contrato o de la naturaleza jurídica de la persona en cuestión, sino, por la conformación económica de la persona jurídica.

En este sentido, tenemos pues claridad, que conforme a nuestro ordenamiento jurídico positivo, toda entidad en cuya conformación existan recursos públicos mayoritarios del Estado – Nación, Departamento, Municipio, Distrito -, para efectos contractuales es entidad estatal, por lo tanto, sujeta a la normatividad contractual y principios propios del sector público.

- **Quinta regla:** Está determinada por la posibilidad constitucional – artículo 210 constitucional - de que los particulares puedan ejercer eventualmente funciones públicas administrativas. Si la ley por alguna razón otorga titularidades prestacionales al particular para ser desarrolladas en cumplimiento de funciones públicas, cabría entonces considerarlo como sujeto activo negocial.

- **Sexta regla:** De conformidad con el artículo 30 de la ley 105 de 1993, la nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

2.2.2.- La definición del sujeto pasivo de la relación negocial.

Determina el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 "...Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario..." el desarrollo de un objeto específico. Si bien es cierto, en las últimas reformas a la legislación contractual del Estado, se hace énfasis en que el sistema prefiere la selección de ofertas y no de contratistas, estos últimos dependen de aquellas, de todas formas la redacción

de la norma en cuestión hace énfasis es en la selección de una persona a la cual de manera anticipada denomina concesionario, luego las consideraciones en relación con el sujeto son relevantes, por lo menos en cuanto al perfil que se espera del mismo para adelantar un proyecto específico por la vía concesional.

De conformidad con las reglas metodológicas expuestas, el fenómeno del perfil del posible concesionario es un problema sujeto a las reglas y principios que deben quedar definidos en los estudios previos y en los pliegos correspondientes, asunto que hemos explicado en extenso a propósito precisamente de los estudios previos, donde evidentemente opera de manera indiscutible la ponderación y la proporcionalidad conforme se explicó.

De todas formas, resulta importante destacar que de manera objetiva el legislador ha definido algunas reglas, vinculadas al desarrollo y sistematización del principio de la objetividad, selección objetiva, que ameritan pronunciamiento a esta altura de la exposición:

El deber de la selección objetiva constituye un concepto rector de carácter universal dentro de los procesos contractuales del Estado, que debe ser acatado y respetado por todos los servidores públicos independientemente del trámite que corresponda agotar para la escogencia de contratistas. En este sentido, no puede entenderse una selección de contratistas para atender necesidades propias de los intereses generales en donde no se aplique y desarrolle ampliamente este principio de la contratación.

Para estos efectos y tratándose de la licitación la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, establecieron algunas reglas tendiente a su consolidación práctica, específicamente en los aspectos relativos al de la pluralidad de variables que deben necesariamente entrar en juego para obtener al mejor proponente frente a las necesidades de las entidades estatales y a la evaluación económica. Es de advertir que, no obstante la incorporación de estas reglas para garantizar la escogencia objetiva, las mismas quedan en práctica, circunscritas a lo que se establezca en los pliegos para su desarrollo

efectivo y casuístico, es decir, lo que se observa de la redacción de norma reglamentaria es que traslada a las administraciones públicas con competencias contractuales, prácticamente el desarrollo en cada caso concreto de estas reglas contractuales.

Ahora bien, reitero que tal como están redactados los artículos en comento, estamos ante típicas normas que simplemente determinan parámetros para ser desarrollados en los pliegos o términos correspondientes, luego el contenido de algunos de ellos depende en buena parte de lo que cada entidad entienda sobre el alcance de los mismos. Lo que el reglamento incorpora es en palabras más, palabras menos, un amplio poder discrecional para los responsables de la contratación para integrar las diferentes etapas de los procesos contractuales en aras de garantizar la escogencia objetiva.

Bajo este entendido y en lo relativo a las reglas que deben regir la integración de los procesos contractuales por las entidades estatales, tenemos que en la ley 1150 de 2007 y el decreto reglamentario 2474 de 2008 se establece la incorporación del principio general de la procedencia de la selección objetiva. Establecida en el párrafo 2 No 3 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 5 de la misma ley, en donde se determina imperativamente que sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

Para estos efectos, en contraposición al concepto de subjetividad administrativa, se contrapone como norma garantística y protectora del interés público en materia contractual la de la selección objetiva, entendida ésta como aquella en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

La ley establece los criterios para la determinación de los factores de escogencia y de calificación, haciendo diferencias entre reglas de simple verificación de requisitos y reglas para la determinación de factores de escogencia⁸⁹¹ e, igualmente, determinando los parámetros sobre los cuales se pueden considerar objetivamente los ofrecimientos más favorables a la entidad⁸⁹².

⁸⁹¹ Ley 1150 de 2007. Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio, de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.
 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.
 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.
 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.
- En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

⁸⁹² Decreto 2474 de 2008.

Artículo 12. *Ofrecimiento más favorable a la entidad.* El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.
2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.
3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:
 - a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente. En la realidad de las cosas, se observa con la incorporación de esta regla, una inversión en las cargas de corrección de las propuestas, esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integralidad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

Parágrafo 1°. En caso de que el pliego de condiciones permita la presentación de ofertas en varias monedas, para efectos de evaluación y comparación, la entidad convertirá todos los precios a la moneda única indicada en el pliego, utilizando los parámetros señalados para tal efecto en los mismos.

Parágrafo 2°. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso.

faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar. Lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado.⁸⁹³

2.2.3.- Los terceros usuarios de los bienes o servicios concesionados. Relaciones y tensiones inevitables.

El tema relativo a los terceros de la relación concesional, esto es, a los usuarios de los bienes o servicios concesionados, es un asunto de por sí pobre en la ley de contratación pública, aunque la misma se refiera al contrato como un fenómeno prestacional – artículo 3 ley 80 de 1993 -. La estructura normativa del artículo 32 No 4 de ley 80 de 1993 está absolutamente incorporada dentro de una concepción individualista y aparentemente no deja ventana que permita visualizar al usuario en cuanto sujeto estelar de la figura concesional. El problema se nos traslada entonces al marco constitucional, en donde precisamente se determina en el artículo 369 que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio y adicionalmente en el inciso segundo del 365 constitucional, al determinar que el régimen jurídico del servicio será el que determine la ley. Luego, para efectos de la estructuración de las concesiones públicas, se deberá tener en cuenta y, si es del caso, para solo efectos

⁸⁹³ Decreto 2474 de 2008.

Artículo 10. *Reglas de subsanabilidad.* En todo proceso de selección de contratistas, primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

didácticos, incorporar el régimen legal de los usuarios, sea éste general o especial, el cual deberá ser debidamente cumplido por el concesionario, la administración e incluso el mismo usuario.

El asunto no obstante plantea dos aspectos problemáticos: El primero la evidente falta de un régimen general para la totalidad de los usuarios en el territorio nacional; y el segundo, que por mandato constitucional el tema de usuarios es de reserva legal y no contractual. Adicional a lo anterior, debemos agregar, que a diferencia de los regímenes que orientaron la contratación pública colombiana hasta 1993, la ley 80 de 1993 no incorpora para efectos de la estructuración del contrato la presencia de un régimen no contractual para el servicio, en consecuencia para los usuarios, dentro del modelo comercial de concesión, concibiéndola en este aspecto como un simple contrato, sin las complejidades propias del servicio público, lo que de por sí es absolutamente reprochable.

En este aspecto, consideramos vitales para cualquier estructuración en la materia los viejos planteamientos de la doctrina de Duguit, en cuanto a la doble naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos. Resulta manifiesta en las construcciones de Duguit que en los contratos de la administración pueden convivir una variedad de actos jurídicos que no son técnicamente contratos. Es posible y así se observa en la realidad de las cosas, sostiene Duguit, que muchas situaciones jurídicas se originen en el concurso de voluntades, pero que de este concurso no surja necesariamente una situación jurídica que podamos recepcionar en el derecho como contractual, entre estas hipótesis se pueden ubicar los asuntos relativos a la regulación de la situación del particular que usa un servicio público.

La concesión sostiene Duguit, a diferencia de los contratos propiamente dichos, por sus características y sobre todo por el tipo de atribuciones que conlleva en aras de la satisfacción de los intereses generales propios del servicio público, es ante todo la negación misma del negocio tradicional, que se caracteriza por su sujeción a la preceptiva del código civil. La concesión en la

realidad de las cosas, es un todo complejo, en parte no propiamente contrato, algo así como un “convenio – ley” sustentado en la solidaridad social y no en la idea de los derechos subjetivos; en parte también, sumido en una compleja red elaborada a partir del discurso negocial propia del derecho privado.

Precisa Duguit en relación con lo anterior, que cualquier referencia al concepto y naturaleza del contrato de concesión, debe hacerse por fuera de los marcos tradicionales del individualismo jurídico, esto es, abandonando las viejas fórmulas contractuales, en cuanto que, el de concesión, configura un problema de características y naturaleza diversa, en la medida en que encarna un fenómeno relativo a la solidaridad social, por lo tanto, excluyente de cualquier posibilidad de análisis con referentes individualistas como lo es, el contrato tradicional y clásico de estirpe civilista. En la realidad de las cosas, reitera el profesor de Burdeos, el de concesión no es técnicamente un contrato, es simplemente un encargo que se materializa en un “convenio- ley”, derivado de la voluntad colectiva tendiente a asegurar la prestación de los servicios públicos, esto es, la satisfacción de intereses colectivos.

Esta preceptiva doctrinaria tendría cabida en la estructuración de los contratos de concesión de servicios públicos en Colombia, ante la inexistencia de normas legales rectoras y garantes de la posición de los usuarios en relación con un servicio público concesionado y sobre el entendido de que los usuarios son titulares de derechos e intereses colectivos. Éstos sí reconocidos en la ley 472 de 1998, a que acudiendo a los criterios de la ponderación en donde están en juego los principios de Estado social de derecho, interés general, con los propios de la libertad económica que plantea por regla la no limitación de los derechos económicos como regla, tan solo limitados por mandato del legislador; y los derechos a la igualdad, al respeto de los derechos colectivos en cuanto objeto y finalidad del Estado social y democrático de derecho. En aplicación de la ley del peso, la ponderación nos diría que existen suficientes razones para hacer prevalecer el principio constitucional del Estado social y todos los subprincipios enunciados en el establecimiento contractual de un marco mínimo de protección al usuario en sus relaciones con el concesionario,

sin que esto signifique incursionar bajo senderos de ilegalidad alguna. Este mismo problema visto desde la perspectiva de la proporcionalidad nos diría en aras de la justicia material, que la parte débil de la relación como es la de los usuarios en manera alguna podría quedar desamparada, luego la obligación de la administración sería la de elaborar, incluso de ser posible con la participación democrática de los usuarios, un nivel normativo adecuado y proporcional a los intereses colectivos en juego.

2.2.4.- Definición del objeto concesional.

El objeto de los contratos de concesión, como ha quedado determinado a lo largo del presente trabajo, es de por sí amplio y comprensivo en todos sus aspectos de las viejas categorías de contratos de concesión de servicios públicos y de simple obra pública, comprende tanto la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, como la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, cada uno por aparte o conjuntamente, de aquí porque el trabajo lo titulamos simplemente contrato de concesión de servicios públicos.

No obstante lo anterior, de manera concreta, el contrato de concesión también puede comprender un abierto mundo de posibilidades referidas a las obras públicas y a los servicios públicos no enunciadas en el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993. En los términos del artículo 30 de la ley 105 de 1993, puede comprender igualmente la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial. Por vía doctrinal y conforme a los adelantos de las técnicas financieras, dado el carácter amplio de nuestra descripción legal en la materia, es posible que bajo la denominación de contrato de concesión se comprendan objetos relativos a “Projec Finance”; financiados bajo la modalidad de contratos BOT (Build, Operate, & Transfer) en sus diferentes versiones: contratos BOT “Desing, Build, Finance & Operate”; contratos BOT “Design, Construct, Menage and Finance”; contratos BOT “Build, Own and Construct”; financiación bajo la modalidad de colaboración

entre el sector público y el sector privado; contratos PPP (Public Private Partnership), etc.⁸⁹⁴

El problema del objeto en la concesión no es por lo tanto legal, sino de estructuración administrativa acorde con la necesidad pública detectada en los procesos de planeación correspondiente. En este sentido, reitero lo expresado a propósito de los estudios previos, en cuanto a la estructuración del objeto del contrato, cuando sostuvimos que el legislador le traslada la obligación perentoria e inobjetable a los responsables de la contratación pública de cada entidad estatal, de seleccionar, definir y perfeccionar los objetos a contratar a través de estudios, diseños o proyectos, de manera que se puedan visualizar sus más profundas intimidades, con el propósito de obtener los elementos objetivos para elaborar jurídicamente el objeto del negocio a ser celebrado, los términos de referencia. Aspira el legislador a que la administración posea la información y conozca cada uno de los aspectos y la problemática del objeto a contratar de forma tan precisa como si ella misma lo fuera a ejecutar.

Se trata indudablemente de una norma que contiene una regla de carácter imperativo y de obligatorio cumplimiento, esto es, nos encontramos ante un caso concreto de norma de precedencia incondicionada que no está llamada en inicio a entrar en conflicto con ninguna otra y de advertirse alguno se solucionaría por la vía de la subsunción. Sin embargo, la definición en concreto del objeto sí involucra consideraciones relativas a la proporcionalidad del mismo en relación con la necesidad pública y los intereses de los usuarios, de manera tal que el objeto en cuestión atienda de manera cierta, completa y oportuna la necesidad a costos razonables.

⁸⁹⁴ MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ. *El contrato de "Project Finance"*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2002

2.2.5.- Actividades conexas: así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio.

Para la debida ejecución de las concesiones pactadas, la administración puede trasladar en virtud de la expresa autorización legal del artículo 32 de la ley 80 de 1993, expresas y concretas responsabilidades de naturaleza administrativa al concesionario, sobre todo cuando se trate de concesiones para la prestación de servicios públicos, esto con el único y directo propósito de garantizar su debida ejecución. A esta conclusión se llega de la lectura del artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1994, cuando dispone que al contratista se le pueden trasladar todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, lo cual no resulta extraño desde la perspectiva doctrinal, si se tiene en cuenta que en la práctica el concesionario va reemplazar a la administración pública en la atención de los intereses generales y, por lo tanto, sería imposible el adecuado cumplimiento del objeto pactado de no misturarse el mismo con el ejercicio de determinadas y precisas funciones de naturaleza administrativa⁸⁹⁵.

Para los anteriores efectos y en concordancia con el artículo 210 constitucional, consideramos que el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 configura el marco legal que dispone la norma constitucional para efectos de la atribución de funciones administrativas a los particulares concesionarios. Luego, la asignación de las mismas deviene de la autorización contenida en este artículo, según la cual en todo contrato de concesión se incluirán “...todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio...”.

⁸⁹⁵ Gastón Jezé. Principios. Tomo III. Pg 367. "... De hecho en la actualidad sólo hay concesión de servicios públicos de orden económico. Por eso, se les denomina servicios públicos industriales. Pero ningún obstáculo jurídico se opone a que la concesión de servicios públicos se haga para otros servicios públicos Policía, Justicia, Impuestos. Las grandes compañías de colonización han sido, no hace mucho, concesionarias de los servicios públicos de policía y de justicia. La concesión de servicios públicos de percepción de impuestos municipales a los artículos de consumo, que existe todavía en la actualidad en algunos municipios, es una verdadera concesión de servicios públicos...

De todas maneras, considero que en razón de la especialidad, esta norma se complementa, no en cuanto al procedimiento de asignación de las mentadas funciones al particular, sino, en lo principal, en cuanto a las otras materias no reguladas en la ley contractual, por la ley 489 de 1998. De conformidad con lo dispuesto en esta ley, la atribución de funciones administrativas a particulares debe estar sujeta a las siguientes reglas y condiciones: (i) La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal, a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio. (ii) Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular. (iii) Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas, puede dar por terminada la autorización, luego así haga parte del componente contractual, es por mandato legal absolutamente precaria esta asignación de funciones administrativas. (iv) Sin perjuicio de los contratos pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular⁸⁹⁶.

⁸⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-866 de 1999. "... Resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta. La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos... La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias... Cuando la norma acusada defiere al acto jurídico la

La asignación de este tipo de funciones involucra irremediablemente principios y necesidad de ser justos y equitativos en su adjudicación. El principio y regla general del privilegio de la función administrativa en manos de las autoridades naturales se deriva no solo del principio constitucional y derecho fundamental del debido proceso, sino también, del principio de legalidad material determinado en los artículos 121 y 123 constitucionales, luego *ad initio* debe reinar y prevalecer su aplicación y respeto. Sin embargo, bajo un juicio de ponderación, confrontando este principio con el de la libertad económica, en especial con el subprincipio de la misma, de la iniciativa privada y de actuación bajo criterios de autonomía de la voluntad y dándole una alta valoración y peso a la necesidad de hacer viable en su ejecución el proyecto, es posible considerar el traslado de ciertas y precisas funciones administrativas al concesionario.

Ahora bien, esta asignación debe estar también precedida de un juicio de proporcionalidad con el fin de evitar excesos en el número e intensidad de las funciones trasladadas. Tan solo serán objeto de traslado las estrictamente necesarias, que definitivamente la administración materialmente tenga dificultades para su ejecución y que en una relación de costo beneficio sean recomendable y prudente su traslado o asignación al particular.

2.2.6. - El riesgo en la concesión. Por cuenta y riesgo del concesionario.

"regulación" de la atribución de funciones administrativas a particulares, y el señalamiento de las funciones específicas que serán encomendadas, no está trasladando la función legislativa a las autoridades ejecutivas. No está poniendo en sus manos la potestad de determinar "el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas", a la que se refiere el artículo 123 superior en concordancia con el 210 *ibidem*, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato...La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la Ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia... Para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones. Sólo de esta manera se preserva el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano. Así, no se imponen entonces cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular..."

El principio de la previsibilidad.

El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato⁸⁹⁷, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico⁸⁹⁸.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento

⁸⁹⁷GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, pp 127 y ss.

⁸⁹⁸ De manera general puede consultarse en torno a los riesgos en los contratos públicos: MARCOS AUGUSTO PEREZ. *O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Editora Forum, Belo Horizonte, 2006; MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ. *El Contrato de "Project Finance"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; RAÚL ENRIQUE GRANADILLO OCAMPO. *Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2000; JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Riesgos Contractuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. ALBERTO RUIZ OJEDA. *La Concesión de Obra Pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1998. PATRICIA VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ. *Ejecución y Financiación de Obras Públicas*, Fundación Caixagalicia, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006. J. LUIS GUASCH. *Concesiones en Infraestructura. Como Hacerlas Bien*. The World Bank – Antoni Bosh Editor, Barcelona, 2004. JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *La Construcción y Financiación de las Infraestructuras Públicas*, Revista del Derecho de la Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Redeti, No 10, 2001.

del equilibrio económico, en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal⁸⁹⁹.

En el derecho colombiano, el principio se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias, derivados del negocio planteado. Y artículo 1616, que admite la posibilidad que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes.

Ahora bien, de fondo y bajo un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge sobre la óptica de su problemática e impacto fiscal con las Leyes 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001 artículos 15 y 16, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales son retomados en los documentos CONPES Nos 3107 y 3133 de 2001, como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos en contratos de infraestructura, pero

⁸⁹⁹ HUGO PALACIOS MEJÍA. *La cláusula de Equilibrio Contractual y sus Efectos en los Contratos de Concesión*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de hacienda, Coinvertir, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 1996, pp. 14 y 15.

que en líneas generales, constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional.

Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4⁹⁰⁰, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuir las a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que todos los contratos del Estado a partir de su entrada en vigencia se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina.

Debemos entender, no obstante la generalidad de la norma, todos aquellos por esencia sinalagmáticos y conmutativos, no así los de efectos estrictamente unilaterales, que como advertimos constituyen una clara excepción al concepto propuesto de contrato estatal.

El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsora como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba

⁹⁰⁰ Ley 1150 de 2007. Artículo 4.- De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad⁹⁰¹.

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto⁹⁰².

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo

⁹⁰¹ MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA. *La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil*, en Estudios de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 1986, Pág. 201. "Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad..."

⁹⁰² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. "...La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió..."

y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

Es de la esencia del contrato de concesión la identificación plena de los riesgos⁹⁰³ a cargo de las partes contratantes, su asignación y la carga de los mismos por el concesionario, en los términos previstos en el contrato. Los riesgos en consecuencias constituyen los aleas normales a cargo del contratista, cuando los mismos, se insiste, han estado incorporados en los cálculos y previsiones efectuadas antes de contratar. Bajo esta perspectiva, el concepto de riesgo contenido en la definición del artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 no es absoluto, pudiendo ser vulnerable a situaciones de imprevisibilidad o de aleas anormales incontenibles e imposibles de calcular, mas no así a los incumplimientos o problemas derivados de la mala planeación o estructuración de las propuestas efectuadas por los concesionarios, casos en los cuales deberán asumir la carga obligacional que el riesgo implica⁹⁰⁴.

En consecuencia, es de la esencia del contrato de concesión bajo los parámetros legales colombianos el de la asignación de riesgos, determinados los mismos sobre la base del conocimiento profesional calificado en un área específica por parte del concesionario. Así las cosas, todo lo que como efecto negativo suceda en esa área, lo deberá soportar aquel al que se le adjudicó, por la consideración que el profesional o conecedor, técnico o científico tenía, lo que lo llevaba a la consideración de mejor conecedor del asunto, es decir, tenía la mejor condición para preverlo y contrarrestar sus efectos⁹⁰⁵.

⁹⁰³ FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Pg 131 Nota No 191. "En el lenguaje jurídico 'riesgo' es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor" F. Consentini, *Rischio*, Teoria generale, II, en *Digesto Italiano*, XX, Torino, 1916, p. 1044. "De manera general se entiende por riesgo en los contratos las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa comprometida. La destrucción parcial sigue las reglas de la total. Además, puede incluirse en ella la depreciación económica, en cuanto priva a la cosa de todo valor": Demongue, *Traité des obligations*, 6, cit. No. 113."

⁹⁰⁴ GASTÓN JEZÉ. *Principios* Tomo III. Pg 373

⁹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. "... En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so

Por otra parte, tanto para el contrato de concesión, como para la generalidad de los contratos estatales, el análisis de los riesgos de la contratación determina el nivel y extensión de los riesgos a cargo de las partes, que permitan viabilizar el negocio y determinar desde la perspectiva estrictamente jurídica cuáles de esos y en qué extensión debe ser amparada por el contratista.

Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público⁹⁰⁶.

Ahora bien, el análisis de los riesgos cumple un segundo papel importante dentro de la contratación estatal colombiana y es el relativo a la evaluación de las contingencias contractuales del Estado y la consecuente adopción de las medidas necesarias para enfrentar las mismas en el evento de llegar a presentarse alguna situación lesiva al patrimonio público, con su ocurrencia en los términos de las leyes 448 de 1998, 185 de 1995, 819 de 2003 y el decreto

pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume "un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública." pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso..."

⁹⁰⁶ ROGER TOMAS. *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, Bogotá, 1996, Pg 43.

423 de 2001⁹⁰⁷ y la consecuente activación por esta causa del fondo de contingencias contractuales de las entidades estatales⁹⁰⁸.

En este sentido, la obligación establecida en el artículo 8 del decreto 2170 de 2002, referente al estudio previo de los riesgos del contrato, busca también, por lo tanto, establecer los parámetros ciertos y objetivos de las futuras obligaciones contingentes de la entidad estatal. Se trata de un ejercicio de precaución y buena administración, fundamental dentro de cualquier proceso de planeación, en cuanto permite prever la responsabilidad futura de la entidad de cumplirse las cargas y riesgos asumidos por las partes y debidamente repartidos conforme a las previsiones en la estructuración del contrato. Por regla general, realizados los ejercicios que ordena el artículo 8 del decreto 2170 sobre este aspecto, cada parte asume lo que se compromete y, adicionalmente en los términos artículo 16 del decreto 423, “corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el cual fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas

⁹⁰⁷ Ley 448 de 1998 “Artículo 1º. Manejo presupuestal de las contingencias. De conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, la Nación, las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deberán incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo. El Gobierno Nacional reglamentará la metodología sobre los términos para la inclusión de estas obligaciones en los presupuestos de las entidades a que hace referencia el inciso anterior, pudiendo distinguir en su tratamiento las obligaciones contingentes que se hubiesen adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley y las futuras. Así mismo, el Gobierno reglamentará los eventos en los cuales dichos recursos deban ser transferidos al fondo que se crea de conformidad con el artículo siguiente. Parágrafo. Para efectos de la presente ley se entiende por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición.”

Decreto 423 de 2001 “Artículo 6º. De las Obligaciones Contingentes. En los términos del parágrafo del artículo primero de la Ley 448 de 1998, son obligaciones contingentes aquellas en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo 8º del presente decreto estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.”

⁹⁰⁸ Decreto 423 de 2001 “Artículo 4º. Del Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales. El Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales es un sistema de manejo de los recursos transferidos por las entidades aportantes en la forma, cuantía y oportunidad previstas en el Plan de Aportes al Administrador, para atender el cumplimiento de las obligaciones contingentes asumidas en el contrato identificado en la correspondiente cuenta”.

Decreto 423 de 2001 “Artículo 5º. Del Administrador del Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales. Por autorización especial de la Ley 448 de 1998, el Administrador del Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales es la Fiduciaria La Previsora S.A.”

aquellos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad”⁹⁰⁹.

En torno a su procedencia efectiva frente a los contratos de la administración, el Consejo de Estado le ha otorgado al riesgo un carácter eminentemente vinculante a las partes que lo hubieren recibido y aceptado en los términos pactados⁹¹⁰.

El tema en materia de tribunales de arbitramento ha sido abordado en el derecho nacional en diversas oportunidades reconociendo la trascendencia e importancia práctica y sustancial de esta institución ordenadora de la actividad contractual y, sobre todo, determinadora del ámbito real de responsabilidades y

⁹⁰⁹ Ley 819 de 2003 Artículo 3º. “*Pasivos contingentes*. Las valoraciones de los pasivos contingentes nuevos que resulten de la celebración de operaciones de crédito público, otros contratos administrativos y sentencias y conciliaciones cuyo perfeccionamiento se lleve a cabo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 448 de 1998, serán aprobadas por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se manejarán de acuerdo con lo establecido en dicha ley. La valoración de los pasivos contingentes perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 448 de 1998, será realizada por el Departamento Nacional de Planeación, con base en procedimientos establecidos por esta entidad.”

⁹¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. “... En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume "un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública." pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso. La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió...”.

obligaciones extraordinarias en manos de cada una de las partes negociales en procura de una debida ejecución del contrato⁹¹¹.

⁹¹¹ LAUDO ARBITRAL CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A. VS. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVÍAS. Agosto 24 de 2001. "... Es claro para el tribunal que la distribución de los riesgos entre las partes del contrato estatal, como en cualquier contrato conmutativo, debe atender, primordialmente, a los principios legales que informan la contratación pública y, de manera igualmente importante, a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equivalencia, conforme a la capacidad jurídica y material de las partes para su manejo. Los riesgos debe asumirlos quien mejor preparado esté para resistir su materialización en hechos concretos con capacidad perturbatoria de la normal ejecución del contrato, de manera tal que pueda reaccionar adecuadamente y prevenir o remediar sus efectos nocivos sobre la ecuación económica contractual. No trae la ley de contratación pública regla especial alguna en esta materia. No obstante, debe recordarse que en la actividad contractual del Estado en tanto tal, son de natural aplicación los principios generales que en nuestro ordenamiento jurídico informan la celebración y ejecución de los contratos celebrados, bien entre particulares o bien entre estos y las entidades estatales. De esta forma, aplican en derecho público, el principio de la buena fe contractual, de la prevalencia de la intención de las partes, del efecto vinculante de las estipulaciones libre y lícitamente pactadas, así como las reglas de interpretación de los contratos, todo dentro de la normativa y principios que rigen la actuación administrativa en general, y dentro de ella la actividad contractual del Estado, que constituye una de las manifestaciones más importantes de aquella. De esta forma, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que, con las limitaciones que imponga la ley, preside la capacidad y competencia administrativa para la celebración de contratos, las partes distribuirán y asumirán respectivamente los riesgos que su ejecución represente, siempre teniendo en cuenta la capacidad jurídica y material de reacción y control de los efectos que su materialización pudiera generar sobre el desarrollo del contrato. Ahora bien, en el ámbito de la contratación pública, quien concibe, diseña y especifica el negocio jurídico a celebrarse es la entidad contratante; así lo hace en los pliegos de condiciones o términos de referencia o invitación a contratar, y allí debe contenerse la distribución especial de los riesgos previsibles, según la naturaleza del contrato, el alcance y contenido de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, las condiciones —fácticas, económicas, sociales, políticas y jurídicas— vigentes al momento y que formula la invitación, las condiciones materiales en que habrá de desarrollarse el contrato, la experiencia requerida del contratista para la ejecución de las labores que constituyen su objeto, y en fin las circunstancias que razonablemente puedan prever las partes, según su conocimiento y experiencia, incidentes en la ejecución del contrato, tanto en términos de ventajas y beneficios como en la eventual generación de efectos nocivos para ellas. Resultan determinantes en la asignación de riesgos en el contrato de concesión, las condiciones sociales, políticas y económicas del país al momento de confeccionarse de una parte la invitación a celebrar el contrato y de otra el ofrecimiento para su ejecución. La regla natural que debe regir la tarea de asignación de riesgos en todo contrato, tarea de singular importancia en materia de proyectos de concesión, debe partir de la consideración de que será necesario, para el logro de los beneficios y ventajas perseguidas por ambas partes al celebrarlo, que el proyecto resulte autofinanciable. De esta manera, el riesgo debe asignarse y asumirse por quien lo conoce, sabe manejarlo, puede evitar o solucionar sus efectos, y cuenta con la capacidad jurídica y económica para controlarlo...De lo hasta aquí expuesto, concluye el tribunal:- Que en este contexto, es de especial relevancia, los límites que en materia de la distribución y correlativa asunción de los riesgos en el contrato estatal, establecen las normas superiores al principio de la autonomía de la voluntad negocial de las partes y que básicamente se concreta en la imposibilidad de trasladar aquellos insitos o derivados del incumplimiento del Estado contratante, del ejercicio por éste de las facultades excepcionales o exorbitantes, del Hecho del Príncipe y de la Teoría de la Imprevisión, como se explicó en aparte anterior de este laudo; - Que en tratándose de la "Imprevisión" es claro para el tribunal que durante la ejecución de un contrato de concesión, podrían suceder hechos o circunstancias que, a pesar de los esfuerzos del concesionario y sus previsiones, no fueron previstas o no pudieron resolverse por los medios acordados; - Es claro para el tribunal que la estructuración o esquema financiero del proyecto es de vital importancia para el concesionario, y en ella debe poder especial cuidado, toda vez que el detallado y juicioso análisis de riesgos que realice, dependerá que su inversión

En conclusión de lo expuesto, puede sostenerse sin lugar a equívocos que la fórmula legal de que el contrato de concesión es por cuenta y riesgo del concesionario, debe entenderse solo en cuanto corresponde a los riesgos que le hubieren sido debidamente distribuidos y atribuidos. En este sentido, no nos encontramos ante un pleno y absoluto contrato de riesgos, sino ante un moderado contrato, con riesgos atribuidos a partir de la aplicación plena de la fórmula de la proporcionalidad que se hubiere desarrollado por la administración para estos efectos, haciendo en consecuencia razonable la afectación a los derechos e intereses del contratista en consideración a sus posibilidades y, sobre todo, con fundamento en consideraciones de costo beneficio para las partes negociales.

2.3.- Control y vigilancia. Bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.

El ejercicio de la vigilancia y control de los contratos de concesión por parte de la entidad concedente y su obligatoria definición al momento de la estructuración del negocio deviene del artículo 365 constitucional, se reitera de manera específica en el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 y se puede ejercer de acuerdo a lo pactado, en lo que se pueda considerar materia negociable. Por ejemplo, costos del control y vigilancia, o de considerarlo prudente y oportuno la entidad, de manera adicional, por fuera de los marcos del contrato, dándole aplicación directa a la norma constitucional indicada, a través de las figuras e instituciones que la administración considere necesarias, adecuadas y oportunas para el debido seguimiento al contrato en cuestión y la adopción de las decisiones correctivas o de otra naturaleza que sean necesarias, dado el carácter y naturaleza de la figura que implica, necesariamente, el desprendimiento material de servicios de titularidad pública y, sobre todo, que involucra la posibilidad de que se estén cumpliendo funciones públicas administrativas por el concesionario, lo cual amerita el

encuentre en la operación del proyecto, el retorno esperado, porque es natural que cuando éste no se obtenga por su causa, hecho o imprevisión negligente, la pérdida deberá ser absorbida por él, sin que surja para la entidad contratante obligación de reparación alguna, que en ese caso, carecería de causa...”

permanente, continuo y profundo acompañamiento de la ejecución del negocio en todos sus aspectos.

El artículo 14 de la ley 80 de 1993 complementa el marco normativo de esta obligación, al disponer que las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán ejercer facultades excepcionales al principio de igualdad interpretando unilateralmente los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

Ahora bien, desde el punto de vista del ejercicio que nos ocupa, la vigilancia y control del contrato no involucra de manera alguna, conflicto de principios. Se trata simplemente del cumplimiento de un deber innegociable contenido en norma vinculante e imperativa, cuyos supuestos y propósitos están claramente definidos en la Constitución y la ley, luego nos demarca más un derrotero normativo de regla, que propiamente de principios.

2.4.-Remuneración del concesionario.

El ámbito de la remuneración del contratista es el más claro ejemplo de habilitación discrecional de la administración en materia concesional. En últimas, la remuneración depende absolutamente de lo que recomiende la estructuración, del resultado que del proceso de planeación y no de otra cosa. En este sentido, los pesos y valoraciones de los insumos propios del proceso de ponderación y del desarrollo del tes de proporcionalidad que se diseñe para el caso, son los que van en últimas a determinar de qué forma, bajo qué modalidad, financiera o económica, mediante qué combinaciones de recursos se puede remunerar al contratista. Para estos efectos, lo determinante es el modelo que se corra durante el proceso planificador del contrato, éste será el

que realmente determine de manera objetiva la remuneración correcta y adecuada.

En esta materia, el legislador sencillamente enuncia una serie de posibilidades de financiación del proyecto sin comprometerse con ninguna de ellas. Parte sí de una regla general, la de que la contraprestación puede ser cualquiera, la más adecuada, coherente, precisa financieramente. Sin embargo, a título enunciativo, dispone que la remuneración podrá 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, proveniente de la participación del concesionario en la explotación del bien o servicio. Remuneración proveniente de aportes únicos, porcentuales o periódicos del presupuesto público.

De manera concreta para hipótesis de concesiones en infraestructura, se proponen reglas igualmente enunciativas de carácter especial para los contratos de concesión que tengan por objeto la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial (Art. 30. Ley 105 de 1993). *Aportes de partidas presupuestales en los eventos de difícil recuperación de la inversión por los concesionarios, reasignación del producido de la obra dada en concesión al concesionario hasta el retorno definitivo del capital invertido, titularización de proyectos para la obtención de créditos, garantías de ingresos mínimos mediante afectación presupuestal, reinversión de excedentes en busca de menor plazo u obra adicional, etc.*

El juicio de ponderación del estructurador del modelo financiero concesional debe en todo momento tomar como punto de partida la realidad objetiva de la distribución de riesgos que habrá de regir el proyecto, de este piso y sin límites, puede alcanzar los topes que se requieran siempre con sujeción a criterios de proporcionalidad, con el fin de evitar menoscabo del patrimonio público, detrimento patrimonial del tesoro público, favorecimiento a concesionarios corruptos. El riesgo definitivamente constituye la base objetiva, lo demás la creatividad sustentada y razonable del financiero, modelista o estructurador del

proyecto.

3.- SUJECCIÓN AL PRINCIPIO DE LA NECESARIA ESTRUCTURACIÓN PLANEADA DE LA PRÓRROGAS, MODIFICACIONES, RENEGOCIACIONES Y REVISIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN. EL CARÁCTER ABSOLUTAMENTE EXCEPCIONAL DE LAS PRÓRROGAS EN ESTE TIPO DE CONTRATOS. EL CARÁCTER ANORMAL DE LA FÓRMULA COLOMBIANA DE LA PRÓRROGA A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Por regla general, los contratos celebrados por la administración se estructuran y celebran para ser ejecutados conforme a lo pactado inicialmente, esto es, conforme al principio según el cual el negocio constituye regla vinculante para las partes, *-pacta sum servanda-*, que a su vez configura el principio de seguridad jurídica y de respeto a los intereses, tanto del contratista como de la administración involucrada en el mismo. Es decir, implica reconocer que al momento de la celebración del negocio y con sujeción a un marco jurídico financiero y económico garantístico del interés público y los recursos públicos, las partes han quedado vinculadas a un proyecto específico bajo condiciones de conmutatividad- Art 28 de ley 80 de 1993-.

No obstante lo anterior, se admite por vía de excepción, que los contratos del Estado, cuando se den precisas condiciones establecidas por el legislador – artículo 16 de la ley 80 de 1993-, pueden ser objeto de modificaciones, que de ninguna manera, implique o conlleven alteración sustancial de su objeto, atenten contra el interés público o general, pongan en peligro el patrimonio estatal o sencillamente pretendan favorecer a una de las partes, la administración o al contratista. Modificaciones que deben buscar ante todo adecuar el contrato a las cambiantes circunstancias de cualquier género que puedan afectarlo y hacer nugatorias las aspiraciones del interés público⁹¹².

Por regla general, en los términos del artículo 1602 del Código Civil, estas

⁹¹² ALEJANDRO PÉREZ HUALDE. *Servicios Públicos, Régimen, Regulación y Organismos de control*, En servicios públicos y Organismos de Control, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

modificaciones proceden de manera bilateral y en concordancia con la ley 1150 de 2007, deben estar rodeadas de los más profundos estudios justificadores de cada una de las decisiones llamadas a ser adoptadas en los textos modificatorios, es más, se debe destacar que tratándose de un fenómeno estrictamente económico, cualquier modificación a un contrato estatal, en especial a un contrato de concesión, debe estar sustentada en modelos financieros razonados, viables, proporcionales, que hubieren sido objeto de profundos debates bajo pluralidad de escenarios, esto con el propósito de evitar que tras de una modificación se produzcan desajustes impredecibles en el negocio público. En este sentido, la modificación del contrato debe ser objeto de una planeación sustancial con el propósito de hacerla integral, para lo cual se sugiere la sujeción de la misma a los requisitos del artículo 3 del decreto 2474 de 2008.

El Honorable Consejo de Estado, en diferentes oportunidades a través de la emisión de varios conceptos en esta materia, ha venido orientando a la administración pública en relación con el alcance y limitaciones de las modificaciones bilaterales a los contratos públicos, estableciendo algunas reglas que me permito recoger en los siguientes términos:

3.1.- Que la modificación tenga como exclusiva finalidad asegurar el cumplimiento de los fines estatales, la eficiente prestación del servicio público y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Lo anterior quiere decir que, previo a la modificación de las actividades a realizar se haya consultado los principios de la prevalencia del interés general (art. 1 de la C.P.) y los fines esenciales del Estado (Artículo 2 ibídem) y desde luego los artículos 3 y 25, numerales 3 y 4 de la Ley 80 de 1993. Esto es, que previo un estudio técnico, se demuestre que es posible realizar actividades distintas a las inicialmente planteadas en el contrato, que siendo menos costosas desde el punto de vista ambiental, presupuestal y de movilidad, conduzcan al cumplimiento del objeto contratado.

3.2.- La decisión de modificar el contrato debe conectarse con el Principio de Economía.

Significa este planteamiento que se debe demostrar que con el cambio de actividades se busca adelantar las obras invirtiendo la menor cantidad de tiempo, medios y gastos posibles, impidiendo dilaciones y retardos en la ejecución del contrato (numeral 4 ibídem). Este aspecto se deberá encontrar ampliamente analizado en el estudio técnico con sujeción a juicios de proporcionalidad, que aporten los elementos suficientes para demostrar la relación costo beneficio del proyecto y su no exageración en relación con los intereses de la comunidad.

3.3.- La modificación no puede tener por finalidad la de simplemente mejorar las condiciones, obligaciones, cargas y riesgos o utilidades del contratista o de ejecución del mismo, ni tampoco la satisfacción de intereses de terceros o de funcionarios contratantes.

El anterior argumento encuentra respaldo en el principio de solidaridad que rige la actividad contractual (Art 1 C.P). Con la suscripción y ejecución de un contrato Estatal, no se busca la satisfacción individual sino la del interés general; que el Estado, con ayuda de los particulares contratistas, logre la finalidad buscada, consistente en este caso en la construcción de la obra. La modificación debe constar siempre por escrito y debe encontrarse previamente justificada y soportada, por lo tanto, se debe dejar en acta la justificación y el soporte técnico, financiero y jurídico. Los estudios previos deben establecer las bondades para el interés general de toda modificación al contrato, desvirtuando cualquier posibilidad de mejora a la situación de la parte contratista en detrimento de los intereses públicos.

3.4.- Razones adicionales de las modificaciones.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han establecido de igual forma que debe tratarse de una circunstancia, hecho o situación que no aparecía manifiesta

cuando se hicieron los estudios y no era previsible a la celebración del contrato y, por lo tanto, no fue el resultado de la falta de planeación, también lo es que, la decisión de cambiar las actividades del contrato debe corresponder a una profunda sustentación técnica.

3.5.- Inalterabilidad de elementos básicos.

Que no se cambien las condiciones o elementos que sirvieron de base para la comparación de ofertas o adjudicación del contrato. Esta decisión no configuraría una desviación de poder, por cuanto lo que se busca es el cumplimiento del objeto contractual y conseguir la finalidad propuesta. (Artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993).

3.6.- Fundamentos jurisprudenciales.

Lo anteriormente expuesto encuentra soporte en el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta 1439 de julio 18 de 2002, Consejera Ponente Doctora Susana Montes de Echeverri, donde expresa que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. Desde luego dice la Sala, que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional.

Sin embargo, dice la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁹¹³, que habrá verdadera “adición” a un contrato cuando se agregue al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando exista una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando solamente se realice

⁹¹³ CONSEJO DE ESTADO, Consulta No 1439 del 18 de julio de 2002.

un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, por lo tanto, no se está adicionando nada al contrato, sino haciendo ajustes al mismo, en beneficio, se insiste, del patrimonio público. En este mismo sentido, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁹¹⁴.

⁹¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Consulta No 1952 del 13 de agosto de 2009. “En general, es válido afirmar que la actividad de la administración está determinada por la realización de los fines que le son propios, no sólo en cuanto a los genéricos del Estado, sino de aquellos concretos que le son asignados a cada estructura pública. La organización del Estado, los procedimientos, el reparto de competencias, la actuación material de sus agentes, etc., están concebidos para el cumplimiento de sus fines, como aparece en el artículo 2º de la Constitución Política. La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado. Sin embargo, como en la actualidad el Estado ha optado por contratar con terceros expertos la realización de variadas actividades que antes desarrollaba directamente, y al hacerlo, se desprende también del personal y del conocimiento especializado sobre el tema, se abre la posibilidad de que sea el contratista particular, experto en la materia objeto del contrato, quien proponga a la administración las modificaciones necesarias para que el servicio que se presta sea de la mejor calidad, en virtud del principio de la buena fe contractual y en general de la cláusula de progreso que se anuncia en seguida. (...)” Con mucha frecuencia se justifica la modificación de los contratos estatales, con el argumento de que basta que las partes estén de acuerdo para ello, sin que sea necesario que exista una causa o fin determinado o una norma positiva que la regule. Se dan como razones de tal proceder el artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que permite celebrar los contratos “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” y el artículo 13 del mismo estatuto, según el cual, los contratos de las entidades estatales “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley.” Tomando en forma general y aisladas del contexto legal estas dos disposiciones, se expone que ellas autorizan la aplicación de las reglas sobre libertad contractual propias del derecho privado a la modificación de los contratos de los entes públicos.(...) El común acuerdo en derecho administrativo es una manera de modificación del contrato estatal, pero en sí mismo no es una causa o razón para hacerla. La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por eso utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar...diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar. De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.(...) subrayas fuera de texto.

4.- ADICIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA OBRA PÚBLICA.

El texto final de la ley 1150 de 2007 sorprendió al país al incorporar en su artículo 28 algunas reglas particulares en relación con la denominada prórroga o adición de concesiones de obra pública. Figura a través de la cual se da vía libre en el régimen legal de la contratación pública nacional a la ampliación en tiempo de los contratos de concesión de obra pública, o por lo menos que comprendan de alguna manera este tipo de objeto, no solo para efectos de darle cabal cumplimiento a lo pactado, lo cual resulta lo más natural y obvio de toda prórroga o adición de tiempo, sino también para habilitar durante el desarrollo de la concesión al concesionario y por el tiempo de la prórroga, para que ejecute obras públicas, directamente relacionadas con el objeto concesionado, pero que no se contemplaron en su objeto inicial. Esto, previa contratación directa con la entidad pública interesada, sin mediar proceso selectivo de ninguna naturaleza y fundada exclusivamente en la circunstancia de estar vigente una concesión que implique obra pública.

En este último aspecto, indudablemente nos encontramos ante un sistema *sui generis* y de por sí contrario a la lógica material de principios que ha dominado el esquema de la contratación pública colombiana, en cuanto se está favoreciendo por ley, a quien ya tiene un contrato, para que sea, sin mayor esfuerzo, desconociendo los postulados de la participación, la igualdad, la selección objetiva, la transparencia y, sobre todo, la concepción constitucional de la libre empresa (Art.- 333 de la Constitución Política), un flamante titular de cuantiosos contratos de obra pública, que lo único que deben cumplir es que de alguna manera su contrato inicial tenga por objeto, materias relativas a la nueva necesidad de la administración y de esta manera poder amarrarlas para su ejecución con la concesión.

Se trata de la incorporación al derecho nacional del subjetivismo en la selección del contratista de obra pública. El favoritismo comercial legalizado y, por lo tanto, la potencial concentración de la poderosa inversión pública en obra pública de la nación, los departamentos, los municipios etc., en unas

pocas manos, en claro detrimento de los medianos y pequeños contratistas de obra del país, y la consolidación de pulpos mega contratistas en evidente contrasentido a los postulados del Estado social de derecho.

Del contenido de la disposición, no nos preocupa en absoluto que un contrato de concesión se pueda prorrogar cuando esto sea necesario y conveniente para cumplir adecuadamente lo pactado o evitar la ruptura del equilibrio económico del contrato. En esto, consideramos vital y adecuado a derecho y sobre todo al orden jurídico, el permitirle al contratista que asuma lapsos adicionales de tiempo recuperando la inversión correspondiente, al fin y al cabo, en las concesiones el fenómeno del tiempo es consustancial a la recuperación de la inversión. En este sentido, se trata de un instrumento sin cuestionamiento alguno, para que sea aplicado no solo administrativa sino también judicialmente. El tiempo es aquí necesariamente proporcional a la recuperación de la inversión, conforme a los modelos financieros que rijan el negocio concesional.

Lo objetable éticamente dentro del contexto del Estado social de derecho es lo contrario, la prórroga para hacer obra pública evadiendo legalmente las bases del sistema de la contratación estatal.

Así mismo se incorpora la modalidad de simple prórroga para obra pública, la cual en algunos trabajos de carácter académico he rechazado y considerado absolutamente contraria al orden constitucional, pero que teniendo vigencia jurídica debe buscarse la mejor forma de hacerla compatible con los propósitos estatales mientras no sea declarada inconstitucional.

Determina el artículo 28 en cuestión que en los contratos de concesión de obra pública podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá

referirse al mismo corredor vial. Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES –. No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.

De lo expresado se deducen las siguientes reglas para la procedencia de esta figura contractual:

Que exista un contrato de concesión que tenga por objeto total o parcialmente la ejecución de obra pública. En este aspecto, debemos recordar que, en los términos del artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 en el derecho colombiano, la concesión puede revestir modalidades mixtas de obra y servicios u otras actividades, por lo cual es factible que el concesionario favorecido con la nueva obra pública tan solo tendría que acreditar que su contrato inicial comprende de alguna manera obra pública.

Que el contrato sea susceptible de ampliación, prórroga o adición hasta en un 60% de su plazo inicial.

Que no se tenga en cuenta para los efectos de la norma el monto de la inversión, esto en cuanto la prórroga en parte no está dada en razón de la inversión, sino básicamente para viabilizar la celebración y ejecución de otro objeto no pactado inicialmente y en consecuencia implica para estos efectos una nueva modelación financiera para su debido desarrollo. En últimas, la norma tan solo se preocupa de la inversión de la concesión inicial.

Que tratándose de prórrogas para efectos de obras públicas nuevas, el contrato a ser celebrado o por lo menos el objeto de la prórroga, si es que así hay que entenderlo, se refiera de manera exclusiva a obra pública y no a otro objeto negocial. De manera estricta, lo que está habilitando el artículo 28 de la ley 1150 en parte es al concesionario para hacer obra pública de manera directa, luego no sería posible, ni legal, ni factible, a la luz del derecho, que se incorporaran otras figuras negociales, como por ejemplo la consultoría

necesaria para la obra, sea a nivel de estudios, de diseños previos o de interventoría. Entenderse de otra manera sería otorgarle a la disposición una aplicación que lo estrecho de la misma impide, pudiéndose incurrir en contratación indebida.

Que tratándose de concesiones viales, deberá referirse al mismo corredor vial. En este aspecto, se carece de un referente objetivo legal o reglamentario que permita determinar con certeza lo que implica referirse en derecho a corredor vial. Por ahora, se trata de una idea que puede llevar a incursionar a la administración en consideraciones de discrecionalidad *técnica* que permita con certeza parametrizar el concepto, conceptos de discrecionalidad técnica que deben quedar claramente definidos en los estudios previos, bajos criterios de proporcionalidad y racionalidad, circunscribiéndolo siempre y en todos los casos al ámbito de influencia de la concesión.

5.- ADICIÓN PARA CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA OBRA PÚBLICA CON EXCEDENTES FINANCIEROS DE LA CONCESIÓN.

La procedencia de la obra pública con fundamento en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 no se debe confundir con la posibilidad que el legislador también ha establecido de tiempo atrás para que se desarrollen obras adicionales con ingresos adicionales producidos durante la ejecución de una obra concesionada. En esto, debemos admitir que la única hipótesis que se observa en el derecho colombiano de obra adicional está regulada en el artículo 33 de la ley 105 de 1993. Indica la disposición al respecto lo siguiente: Garantías de ingreso. *“... Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial...”*

Esta modalidad de adición presupone la evaluación financiera de la concesión para la identificación de excedentes financieros y la posibilidad de modelar con fundamento en los mismos la ejecución de obras adicionales directamente relacionadas con la concesión, y de para ser ejecutadas sobre los bienes objeto de la concesión o sobre el mismo sistema vial de la concesión.

A igual de lo explicado en el numeral anterior, en torno al concepto de corredor vial, el de sistema vial constituye otro concepto legal que carece de conformación material específica, no se tiene una idea normativa de su alcance, desconozco reglamentaciones sobre esta materia, quedando por lo tanto el concepto sujeto a un ámbito de discrecionalidad técnica que debe quedar desarrollada en los estudios previos, debidamente sustentada técnicamente bajo criterio de proporcionalidad, racionalidad, vinculados al contexto de la concesión, por lo tanto, no definidos arbitrariamente o extendidos de manera tal que se alejen del contexto mismo de la concesión o no tengan una relación lógica con la concesión.

CAPÍTULO II

CONSECUENCIAS DE LA ESTRUCTURACIÓN ANORMAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN FRENTE A LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La estructuración anormal de los contratos de concesión como de cualquier otro negocio público, acarrea consecuencias jurídicas de carácter personal e institucional. Para efectos de la presente investigación interesa desarrollar algunas de las más representativas, en relación no solo, con la validez misma del negocio jurídico en cuestión, sino también, en cuanto tiene que ver con la fuerza y eficacia de los mismos. En este sentido se propone destacar desde la perspectiva de la validez las incidencias de los desmanes que puedan afectar los derechos colectivos en el negocio público; los mecanismos propiamente clásicos de pérdida de validez por la concurrencia de causales fundadas en el desconocimiento de normas imperativas –nulidades absolutas– y, por último los efectos de la violación o el desconocimiento de las reglas estructuradoras del negocio de concesión en cuanto tiene que ver con la situación de equilibrio económico del mismo, la afectación directa al principio de la conmutatividad de la relación negocial.

I. LAS ACCIONES POPULARES COMO INSTRUMENTOS IDÓNEOS PARA LA DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DERIVADO DE LA ESTRUCTURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Como se ha venido exponiendo a lo largo del presente trabajo, el concepto de Estado social de derecho involucra sustancialmente en los contratos de concesión de servicios públicos, el reconocimiento de los derechos colectivos, en cuanto son de su esencia y naturaleza. Para efectos de garantizar los mismos, el ordenamiento jurídico desarrolla instrumentos procesales idóneos y adecuados, que deben ser utilizados en todo momento y lugar por las

autoridades competentes y por la población en general en aras de la consolidación real y verdadera de los propósitos que la postulación de los derechos colectivos implica.

En este sentido, se busca presentar el instrumento garante de las acciones populares, que ha tenido, la más alta significación en la reciente evolución del derecho administrativo, en cuanto que, en sus fundamentos, se parte de la ruptura del viejo derecho esencialmente individualista y nos incorpora en el sendero del reconocimiento, aceptación, defensa y garantía de los intereses colectivos y difusos; derechos y garantías derivadas de la evolución sustancial de los derechos fundamentales, en aras de reconocerle al grupo, al colectivo, a la población en general propiamente dicha, verdaderos derechos humanos en su conjunto, esto es, derechos que van más allá de las históricas conquistas individualistas de los derechos civiles y políticos y del marco del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, que de por sí, resultaron insuficientes, en relación con los raudos y profundos cambios de la dinámica social y de las relaciones de la comunidad, y sobre todo, en relación con el tipo de necesidades vitales del conglomerado.

En esta dirección, la acción popular, se ha desarrollado y consolidado en los últimos años como un precioso instrumento garante, fundamentalmente de los derechos de tercera generación, fundados y sustentados en el concepto de intereses público general, otorgándole por lo tanto, al derecho administrativo un contenido y objeto material diverso al del simple derecho individual, poseedor de instrumentos procesales estructurados en dirección exclusiva a la defensa de los mismos.

El derecho administrativo y en consecuencia las instituciones contenciosas administrativas, en otrora edificadas y diseñadas para la defensa del individualismo, han sufrido una modificación absoluta, al situarse ahora, como abanderadas de la protección, por lo tanto, también, garantes de la defensa y protección del contexto magno de lo colectivo, de los derechos humanos del

conjunto social, dirigiendo los mecanismos procesales a estos propósitos superiores.

En esto, sobra advertir, se rompe de manera cierta y real para el derecho administrativo y sobre todo para el contencioso histórico en la materia, las viejas estructuras derivadas de la revolución francesa, exponentes de agotadas acciones objetivas y subjetivas que derivaron en los llamados contenciosos de plena jurisdicción y de anulación, y en recursos propios del individualismo revolucionario como el del exceso de poder.

El concepto de Estado social y democrático de derecho va más allá del insipiente Estado liberal clásico, haciendo surgir, si se quiere, un nuevo contencioso colectivo, en donde el litigio, no se funda desde la perspectiva fáctica en parámetros derivados de intereses individuales o subjetivos; no tiene relación directa con situaciones objetivas de desconocimiento de la legalidad propiamente dicha; no busca restablecimientos de derechos individuales, ni indemnizaciones de esta misma naturaleza.

La ruptura objeto del contencioso colectivo emana de una situación de peligro o simplemente de agresión, que tiene como sujeto pasivo de la misma al conglomerado, a la comunidad como tal y a sus derechos o intereses, y no propiamente a un individuo o persona determinada, derechos e intereses que en el nuevo contexto pasan a denominarse y reconocerse materialmente como colectivos.

El nuevo marco del contencioso colectivo dentro del Estado social de derecho, se complementa de manera maravillosa, en aras de la necesidad de ser eficaz, pronto y efectivo, en cuanto que involucra derechos de todos; intereses en cabeza de la universalidad de los integrantes de la sociedad; de una multiplicidad inagotable de medidas cautelares vinculadas a los propósitos mismos de la garantía real y efectiva de los derechos colectivos.

En esta dirección se observa un abandono a los clásicos contenidos del derecho administrativo individualista y subjetivo: la razón es obvia y por lo obvia elemental, el problema del respeto a los derechos colectivos no es un problema de simple legalidad, no se agota en la mera confrontación de un acto con el ordenamiento superior, va más allá, se circunscribe al contexto del conflicto del conglomerado y sus derechos con el mundo de los hechos y realidades, en donde las causas del mismo, no solo se derivan del actuar de las autoridades, sino de cualquier otro sujeto que con sus acciones u omisiones ponga en peligro o afecte de manera concreta el derecho o interés colectivo.

En consecuencia, bajo estos escenarios, la situación de los derechos intereses de la colectividad involucrados en la estructuración y ejecución de un contrato de concesión de servicios públicos, dado lo amplio de la problemática, aspectos, matices y situaciones fácticas de la más variada índole, que pueden darse en el mismo, la única manera posible de hacerlas jurídicamente adecuadas y oportunas en caso de su desconocimiento o indebido manejo tanto por las autoridades como por los concesionarios es haciéndolas objeto de la acciones populares.

1. LA ACCIÓN POPULAR Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 88 constitucional, las denominadas acciones populares, constituyen el conjunto de pretensiones, que por vía de acción, cualquier persona en nombre de la comunidad –sin que la misma se considere nunca una persona jurídica – o institución y funcionario expresamente legitimado por la ley, puede intentar directamente o a través de apoderado ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera una condena, o si es del caso decisión preventiva, protectora, indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos, violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los

particulares⁹¹⁵ y que estén de alguna manera relacionados, entre otras cosas con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que puedan predicarse de la naturaleza de estos derechos e intereses⁹¹⁶.

⁹¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp AP-182. “La acción popular puede ser preventiva, reparatoria e indemnizatoria según el caso concreto. La idea de que es únicamente, o al menos principalmente preventiva, es equivocada, pero se explica porque la Corte Constitucional, antes de la expedición de la ley 472, sostuvo repetidamente que la acción popular era preventiva y que, con ella, jamás podría pretenderse la reparación de daños individuales o colectivos. Debe aclararse que, de las providencias referidas se deriva que la Corte expuso ese criterio para diferenciar estas acciones de las de grupo. Además, en ese entonces no había desarrollo legal. Posteriormente, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la mencionada ley. Tímidamente aclaró que la acción popular, además de preventiva, es restitutoria. Dada la claridad de los preceptos contenidos en los artículos 2 y 34, la única interpretación válida de la ley 472, en lo atinente a la naturaleza de la acción popular, será aquella que atienda absolutamente su tenor literal. En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos”.

⁹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-714 del 27 de Septiembre de 1999. “Cabe anotar, que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término ‘colectivos’. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley. [...] el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés. [...] otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. [...] La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. [...] debe reiterarse que las acciones populares aunque se encaminen a la protección y amparo judicial de los intereses y derechos colectivos, no pueden ejercerse como ya se indicó, con el objeto de 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 de 1991 creó las acciones de grupo o de clase, a la vez que conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual, la Acción de Tutela. Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios.”

Bajo estas circunstancias la acción se torna en consecuencia en especial, indesistible, pública, objetiva, directa⁹¹⁷, autónoma y principal⁹¹⁸, que excluye, salvo las situaciones excepcionales expuestas por la Corte Constitucional, la utilización de otros mecanismos procesales para estos propósitos⁹¹⁹. Esto es, la acción popular es procedente así existan otros mecanismos procesales para atender el conflicto expuesto por esta vía⁹²⁰.

⁹¹⁷ Ley 472 de 1998. Artículo 10. “Agotamiento opcional de la vía gubernativa. Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular.”

⁹¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 6 de julio de 2001. Exp AP-072. “Las acciones populares gozan de autonomía procesal dentro el conjunto ordinario y especializado de las competencias judiciales, luego no puede provocar conflicto alguno su ejercicio independiente de la acción ordinaria o especializada, sea de derecho público, sea de derecho privado. Por consiguiente, en tratándose de un derecho colectivo, y lo es todo aquel que se halla en cabeza de un grupo social, que es de muchos pero de nadie en particular, expuesto al agravio o vulnerado por la acción u omisión de la autoridad, o de los particulares en casos excepcionales, el grupo o cualquiera de sus miembros en representación legal de todos, está legitimado para reclamar ante el juez administrativo la protección de los derechos afectados, sin perjuicio de que exista o se acuda a otro medio de defensa judicial. Esta segunda tesis, clara en su sentido y con autorizado origen, es la que acoge esta Sala, posición que le permite manifestar su desacuerdo con la primera instancia y hacer otra clase de consideraciones.”

⁹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 554 del 18 de julio de 2002 “El artículo 79 de la Constitución Política, consagra el derecho que tienen todas las personas a gozar de un medio ambiente sano. A su vez, el artículo 88 ibídem, dispone que la ley regulará las acciones populares [...] Surge entonces, de la Constitución, que el derecho al medio ambiente, no ostenta el carácter de fundamental, sino de alcance colectivo. Así las cosas, la acción de tutela, como lo ha sostenido esta Corporación, no es en principio, el mecanismo idóneo para solicitar y obtener el amparo de los derechos colectivos, como lo es el derecho a un medio ambiente sano. Con todo, la doctrina constitucional, también ha señalado que cuando la vulneración de derechos de alcance colectivo, violan o amenazan derechos de rango fundamental de una persona individualmente considerada, la tutela surge como el medio viable para la protección de esos derechos, siempre y cuando, exista un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos colectivos y los derechos fundamentales cuya protección se solicita. [...] considera la sala pertinente recordar, que cuando se trata de asuntos que atañen a varias personas, la acción procedente para reclamar su protección, no es precisamente la acción de tutela, sino las acciones de grupo o clase, en los términos establecidos por el artículo 88 de la Carta, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo, como lo establece el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, que reglamentó esa clase de acciones. Únicamente [...] sería procedente la acción de tutela para resolver asuntos colectivos, como sucede con la protección del medio ambiente, cuando sea clara la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad, como la vida y la salud. [...]”

⁹²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 24 de mayo de 2001. Exp AP-076. “La Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia, como sí sucede con el Decreto Ley 2591 de 1991 y la Ley 393 de 1997 frente a la acción de tutela y a la de cumplimiento, que la acción popular resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados. El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudirse necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular.”

El carácter objetivo de la acción es trascendental y connatural a los propósitos constitucionales de su consagración, e implica de manera directa la imposibilidad absoluta de incoar pretensiones subjetivas individuales para ser resueltas a través de este instrumento procesal. De aquí su carácter de indesistible. No es de recibo legal buscar algún tipo de resarcimiento pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo, en cuanto no está de por medio pretensiones frente a situaciones individuales y concretas, sino por el contrario los intereses y derechos meramente objetivos del común, no obstante esta interpretación no ha sido de recepción pacífica en la doctrina nacional, algunos sectores reclaman la posibilidad de resarcir daños y perjuicios por esta vía, confundiéndola indudablemente con la acción de grupo⁹²¹.

Lo anterior sin embargo, no desvirtúa la posibilidad de lograr indemnizaciones a favor del derecho o interés vulnerado, afectado o amenazado tal como lo prevé el artículo 34 de la ley 472 de 1998, indemnizaciones razonables y coherentes con los intereses generales involucrados en esta acción. El planteamiento tampoco afecta la constitucionalidad del llamado incentivo creado por el legislador con el propósito de solventar de alguna manera los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, los cuales de ninguna manera pueden ser concebidos como pretensiones motoras de la acción popular. Su invocación busca fundamentalmente obtener de la autoridad judicial una orden suficiente para evitar el daño contingente⁹²², hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio, o lograr la restitución de las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, preservándose de esta manera lo general y comunitario sobre las actuaciones e inacciones dañinas y perversas que rompan la naturaleza de los propósitos y finalidades fundamentales del Estado social de derecho en relación con la comunidad.

⁹²¹ JUAN CARLOS HENAO. “¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?”, en *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 427 y ss.

⁹²² La acción por daño contingente es retomada por el legislador de los artículos 2359 y 2360 del código civil, a través de la cual se pretende evitar el daño que puede derivarse de la comisión de un delito, la imprudencia o negligencia de una persona, que pongan en peligro a personas indeterminadas.

En este sentido, podemos afirmar que se trata de un medio procesal destinado a hacer prevalecer los derechos de tercera generación del pueblo colombiano, reconducidos bajo el concepto de interés general, en los términos de la Constitución Política, sujeta para estos efectos a los trámites especiales de la ley 472 de 1998, por regla general, sin ningún tipo de preferencia en su trámite, excepto cuando materialmente pretendan medidas de carácter preventivo ante la inminencia de daño de los derechos e intereses colectivos, caso en el cual se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto cuando este de por medio recurso de habeas corpus, acción de tutela y la acción de cumplimiento, las cuales gozan de especial celeridad respecto de la acción popular. No obstante, es de advertir que frente a estas acciones procede el deber de interpretación por parte del juzgador con el propósito de que le imprima a la acción impetrada el sentido que constitucionalmente le corresponda, específicamente en tratándose de la protección a derechos fundamentales respecto de los cuales sea procedente la acción de tutela⁹²³.

⁹²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1451 del 26 de octubre de 2002. “Dentro de la dinámica de protección de los diversos derechos consagrados por el Constituyente de 1991, en el marco de la definición misma del Estado colombiano, como Social de Derecho, se encuentra en el texto constitucional la coexistencia de dos acciones que tienen por finalidad la protección y garantía de los distintos derechos individuales y colectivos consagrados en la Constitución. De una parte, la acción de tutela, definida en el artículo 86, como mecanismo de protección de derechos fundamentales y de otra, las acciones populares del artículo 88, como mecanismo de protección de derechos o intereses colectivos. Bajo esa enunciación, podría afirmarse que el criterio de diferenciación para el empleo de una u otra acción, está dado por la naturaleza del derecho que se pretende proteger. Así, ante la trasgresión de un derecho de rango fundamental, no se pensaría en hacer uso de la acción popular, dado que la garantía diseñada para su protección no es otra que la acción de tutela. Sin embargo, esa línea divisoria que parecería tan clara entre una y otra acción, deja ser diáfana, cuando el hecho generador de la vulneración, afecta derechos de una u otra clase, por ejemplo, cuando por la violación o amenaza del derecho al medio ambiente o a la salubridad pública, derechos éstos de carácter colectivo, resultan afectados derechos de rango fundamental, tales como la vida, la intimidad, la dignidad humana, entre otros. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha delineado unos criterios que han servido de parámetro para determinar los eventos en que se hace procedente la acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que han resultado lesionados o en amenaza de serlo, por la afectación de un derecho de carácter colectivo. [...] Primer criterio: La trascendencia que pueda tener un derecho colectivo en el ámbito de los derechos fundamentales, no lo hace perder su naturaleza de colectivo y su protección, por tanto, ha de lograrse a través de la acción diseñada para el efecto, y ésta no es otra que la acción popular. Sin embargo, si de la vulneración de un derecho de esa naturaleza, se desprenden graves consecuencias para derechos fundamentales, la acción de tutela como mecanismo de defensa para éstos, será la procedente [...] Segundo criterio: Conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la vulneración del derecho fundamental. [...] Tercer criterio: La existencia de un daño o amenaza concreta de los derechos fundamentales de quien promueve la acción de tutela o de su núcleo familiar. Este es un problema de legitimidad, pues sólo aquel que ve afectado directamente en su derecho, puede reclamar su protección. Cuarto

Es una acción intemporal, esto es, no sujeta a términos para su interposición, ni restricciones con ocasión de los estados de excepción, ni mucho menos vinculada de manera alguna al concepto procesal de caducidad⁹²⁴, lo cual implica necesariamente su concepción como un instrumento garantístico permanente y oportuno en aras de la prevalencia del interés general, a través de la intervención de las autoridades judiciales competentes, lo que implica entonces que podrá promoverse de manera preventiva, frente a contingencias, durante el tiempo que subsistan estas, es decir las amenazas o peligros a los derechos e interés colectivos, o con posterioridad.

En esta perspectiva no puede limitarse su interposición al acaecimiento de un daño o perjuicio respecto de los derechos o intereses que se buscan proteger con la acción. El legislador, interpretando de manera correcta la Constitución Política, toma como punto de partida para su ejercicio, la amenaza o riesgo que se produzca, esto en razón de los fines públicos que sustentan este tipo de acciones⁹²⁵.

No obstante la especialidad destacada de las acciones populares reguladas en la ley 472 de 1998, es de advertir que en el derecho nacional de vieja data y de manera un poco extraña dado el carácter y naturaleza de nuestro derecho, se

criterio: Debe probarse fehacientemente la vulneración del derecho fundamental que se dice desconocido o amenazado. Para el efecto, el juez está obligado a analizar cada caso en concreto, para determinar la correspondiente vulneración. [...] Quinto criterio: La orden del juez debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado más no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.”

⁹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999.

⁹²⁵ Sentencia C-036-98 del 19 de febrero de 1998. “Según el Gobierno el artículo 9 del proyecto viola el artículo 88 de la Constitución Política, por cuanto restringe las acciones populares a las violaciones de los derechos colectivos que hayan acontecido en el pasado o que puedan sobrevenir en el futuro, dejando por fuera las lesiones que se desarrollen en el presente. A juicio de la Corte, el artículo del proyecto comprende el universo de las posibles vulneraciones. Los agentes de las violaciones que en un momento se encuentren en curso -que por tanto no se limiten a amenazas-, quedan indefectiblemente cubiertos por la norma que se refiere indistintamente a los ‘que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos’. Esta interpretación, igualmente, encuentra fundamento dentro del articulado del proyecto. El artículo 2 dispone sobre este punto lo siguiente: ‘Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos’ [...].”

vienen regulando acciones que revisten estos mismos propósitos⁹²⁶. El código civil recoge algunas acciones que indudablemente podemos situarlas en esta categoría constitucional⁹²⁷. Es innegable que para la protección de los bienes públicos entre otros, en los artículos 1005, 1006, 1007, 2358 y 2360, de este ordenamiento se hace referencia a estas acciones dirigidas a propósitos comunitarios de preservación de la seguridad de los transeúntes y el interés de la comunidad respecto de obras que amenacen causar un daño. Igualmente, son populares las acciones continentales de los artículos 2359 y 2360 del código civil. Por otra parte en normas especiales, se aborda la temática de las acciones populares, entre otras, en los estatutos de defensa del consumidor, leyes urbanísticas, y de competencia desleal⁹²⁸.

2. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS OBJETO DE LAS ACCIONES POPULARES

No obstante lo precario y difícil de un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos⁹²⁹, es posible operativamente y a partir de nuestros desarrollos jurídicos sostener que son derechos colectivos aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, la salubridad, la convivencia, la calidad de vida, en fin de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional. Son en consecuencia intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera, la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista⁹³⁰. Se trata por lo tanto de

⁹²⁶ HENAO. “¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?”, cit., pp. 414 y ss.

⁹²⁷ GERMÁN SARMIENTO PALACIO. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1988, pp. 53 a 77.

⁹²⁸ Ley 472 de 1998. Artículo 45. “Aplicación. Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley.” Esta norma fue declarada constitucional mediante Sentencia del la Corte Constitucional C-215 del 14 de abril de 1999 (MP: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ).

⁹²⁹ NICOLÁS LÓPEZ CALERA. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167 y 168

⁹³⁰ JUAN CARLOS HENAO. “La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés”, en *Derecho público a*

un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose por lo tanto por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, por lo tanto objeto de protección por vía de acción a iniciativa de cualquiera de sus múltiples titulares de manera directa y objetiva, pretendiendo siempre garantizar su disfrute por igual, frente a contingencias que los pongan en peligros, que los hagan inviables o los afecten en sus propósitos fundamentales.

El legislador previendo la dificultad doctrinal para la definición misma de un concepto de los derecho colectivo, problema que ha llevado a múltiples discusiones y metodologías para identificarlos⁹³¹, ha acudido a un método bastante *sui generis*, característicamente abierto, no taxativo, pero indudablemente indicativo de lo que quiere entender por derechos e intereses colectivos, esto en cuanto que las hipótesis del inciso primero del artículo 88 constitucional, evidentemente no son taxativas, en la medida en que la misma norma defiere al legislador, el señalamiento de otros derechos e intereses colectivos que considere deban ser protegidos por medio de este mecanismo procesal siempre y cuando se entiendan como inherentes a la finalidad pública o colectiva.

En este sentido en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, al indicar algunas hipótesis de trascendencia para la vida en sociedad, que se consideran como derechos propios de este tipo de relacionamiento colectivo, se deja en claro en el inciso final de esta disposición, que así mismo, pueden ser derechos de esta clase, muchos otros no definidos legalmente, pero que desde una perspectiva material, comparten elementos característicos de estos y que se encuentren definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia, incluso, que el contexto

comienzos del siglo XXI, estudio homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías, tomo III, p. 2746.

⁹³¹ LÓPEZ CALERA. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 91 a 117.

indicativo de supuestos contenidos en el artículo 4 en comento deben ser analizados y entendidos siempre de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos y ratificados que vinculen a Colombia, esto indudablemente, sin negar el alcance que en la jurisprudencia han adquirido cada una de estas hipótesis, a través de los trabajos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Bajo este contexto entendemos entonces que legalmente y a manera simplemente indicativa son derechos e intereses colectivos entre otros lo relacionados con los siguientes temas materias:

- Medio ambiente: El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; así mismo, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

- La moralidad administrativa⁹³²: Se incluye bajo este concepto todo lo relativo al debido manejo y al cuidado supremo que debe reinar en los asuntos públicos, tales como contratación, presupuesto, inhabilidades, incompatibilidades, restricciones legales, prohibiciones etc.⁹³³.

⁹³² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp AP-518. "En relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa se destaca que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder."

⁹³³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 24 de agosto de 2001. Exp AP-100. "La defensa de la moralidad y el patrimonio público se

- Urbanismo: El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; así mismo, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- La defensa del patrimonio público; Se retoma el tema ya histórico de los bienes y demás pertenencias públicas, su debida utilización y cuidado, incluye, la defensa del patrimonio cultural de la Nación⁹³⁴;
- Seguridad y salubridad: La seguridad y salubridad públicas; así mismo, la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; en sentido similar, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.
- Servicios públicos: El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; así mismo, el acceso a los servicios públicos y a que su

concibe como una línea de conducta ética, como una regla de principio para todas las sociedades civilizadas. No obstante, estos conceptos también adquieren una relevancia judicial cuando se consagran como cláusulas jurídicas susceptibles de protección a través de acciones judiciales y, en especial, de las acciones populares. De todas maneras, la positivización de éstos intereses no excluye su textura abierta, ni los convierte en conceptos unívocos que puedan ser aplicados por el juez a través del silogismo, ni mucho menos contienen significados previamente definidos por una autoridad concreta. Por el contrario, en una sociedad democrática y pluralista, el contenido de la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público debe asumirse como un proceso de “concretización” de la voluntad constitucional y legal frente al caso concreto. Dicho de otro modo, el contenido de los conceptos jurídicos de moralidad administrativa y patrimonio público no puede encontrarse en abstracto sino que debe surgir de la voluntad política, del análisis judicial concreto de cada caso y de la ponderación de los intereses en conflicto. Precisamente por ello, la dificultad en la hermenéutica de estos conceptos es indudable, puesto que, en algunas ocasiones, no es clara ni precisa la frontera entre su significado jurídico y su contenido político.”

⁹³⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp AP-518. “En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C. P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales.”

prestación sea eficiente y oportuna. Podríamos ubicar también bajo este precepto los derechos de los consumidores y usuarios.

- La libre competencia económica en todos aquellos aspectos que se refieran o tengan algún tipo de incidencia en la ciudadanía, la comunidad y no en lo relativo a las relaciones meramente subjetivas con otras empresas⁹³⁵.

3. EL DAÑO COLECTIVO DETERMINANTE DE LA ACCIÓN POPULAR

El daño que motiva el ejercicio de una acción popular no es otro que aquel contingente o el efectivamente materializado que afecta los derechos e intereses colectivos. Esto es, que la acción constitucional procede como un instrumento procesal meramente objetivo para suprimir o prevenir la amenaza del daño que pudiese afectar los derechos e intereses expuestos, o protegerlos o restaurarlos en caso de que el daño se hubiere causado efectivamente. En este sentido el daño colectivo es aquel que no afecta a personas en particular, sino a la comunidad en su totalidad. El daño colectivo afecta intangiblemente a todo el conglomerado de manera presente o futura, así sus miembros puedan ser identificados o no, a la larga este no es un problema trascendental para este tipo de daño, en donde lo verdaderamente determinante es la existencia de una comunidad afectada de manera general, en cuanto en estos casos nunca se discuten situaciones particulares de ninguno de los miembros de la sociedad o del conglomerado⁹³⁶.

⁹³⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 24 de agosto de 2001. Exp AP-124. "La libre competencia económica es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio. En un ambiente de libre competencia, las negociaciones entre compradores y vendedores - oferta y demanda- establecen las condiciones de la relación comercial, las cuales en estos casos son un punto intermedio que favorece a ambas partes. Así, el artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común. La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimita el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social."

⁹³⁶ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Medellín, Diké, 2001, pp. 29 y ss.

Ahora bien, el anterior planteamiento no puede ser la base para desconocer una realidad inobjetable en la vida cotidiana en el sentido de que el daño colectivo puede tener efectos colaterales en alguno o algunos de los miembros de la comunidad afectando sus derechos o intereses subjetivos, lo que puede dar lugar indudablemente al surgimiento de otro tipo de acciones como las típicamente subjetivas estudiadas en el capítulo segundo del presente volumen si el daño es individual, o a las acciones de grupo, en el entendido de que el daño en los derechos o intereses individuales sea común a varios de los integrantes del colectivo y darían lugar a reclamar para ellos en cuanto afectados en su patrimonio indemnizaciones de perjuicios⁹³⁷. En la acción popular el daño nunca es individual, en las acciones meramente subjetivas, este concepto es valioso para desembocar en acciones diferentes a las populares, obviamente salvo el caso a que se refiere el artículo 34 de la ley 472 de 1998, en donde es posible obtener indemnizaciones por daños colectivos con destinación a la recuperación de los mismos⁹³⁸.

II. LA ACCIÓN CONTENCIOSA CONTRACTUAL DE FRENTE A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR LA OCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS CONFIGURADORAS DE NULIDAD ABSOLUTA, EN ESPECIAL COMO CONSECUENCIA DE SU INDEBIDA ESTRUCTURACIÓN

Conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el inciso 3.º artículo 87 CCA y a las modificaciones introducidas por los artículos 32 y 44 de la Ley 446 de 1998⁹³⁹, la acción

⁹³⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 11 de octubre de 2002. Exp AP- 641 “Ahora bien, lo anterior no significa que un derecho colectivo no afecte concretamente a algunos individuos, pues el hecho de ser miembro de una colectividad cuyos derechos le son violados o amenazados implica también una afectación concreta de los mismos. Sin embargo, los argumentos concretos e individuales de afectación de los derechos no son relevantes en la acción popular, por cuanto este instrumento procesal pretende proteger y garantizar derechos con incidencia colectiva. Luego, la afectación concreta e individual del derecho no es relevante en esta acción.”

⁹³⁸ TAMAYO JARAMILLO. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, pp. 170 y ss.

⁹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001 (MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA: “Siendo ello así, la Corte sostuvo, en tratándose de la nulidad absoluta, que puede el

contractual eventualmente puede revestir la característica de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato.

En este sentido ha de quedar en claro que el texto original del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 debe leerse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en cuanto que este último dispuso restricciones respecto del ejercicio de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales. El artículo 45 de la Ley 80 de 1993 señalaba que cualquier persona podía solicitar la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato estatal. Sin embargo, dicha norma perdió vigencia, puesto que al regularse lo correspondiente a las acciones derivadas de controversias contractuales se restringió la legitimación para incoar dicha acción solo a quienes demuestren tener un interés directo⁹⁴⁰. Es así como hoy solo están legitimados para pedir la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato estatal el ministerio público y cualquier tercero que acredite un interés directo en dicha declaratoria, además, claro está, de las partes contractuales. Ha entendido la jurisprudencia del

legislador en ejercicio de sus competencias constitucionales restringir esta acción a las partes, sus causahabientes, al Ministerio Público y a cualquier tercero que acredite un interés directo en el contrato. Así lo manifestó esta corporación en sentencia C-221 de 1999, ya citada. En efecto, manifestó en dicha providencia: ‘pues si bien es cierto que la Constitución Política concede a todo ciudadano el derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (art. 40.6 C. N.), no lo es menos que el carácter público o popular de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no deriva de la Carta Política. En otros términos, no es de origen constitucional sino legal, por lo cual no actúa como limitante de la libertad configurativa que esta concede al legislador, como sí acontece, por ejemplo, con la acción de inconstitucionalidad, cuyo carácter público y ciudadano fue determinado por el propio constituyente y consignado en forma expresa en la Constitución. No siendo una acción pública de rango constitucional, bien puede el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, restringir la titularidad de la acción o someter su ejercicio al cumplimiento de requisitos y condiciones razonables, atendiendo criterios de política legislativa, en aras de la efectividad de otros principios constitucionales, como el de la pronta y oportuna decisión por la justicia contencioso administrativa de las controversias contractuales que le son sometidas.’”

⁹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-11 del 19 de enero de 2000. “La ley puede establecer condiciones o límites al ejercicio de las acciones judiciales, máxime cuando se refieren a situaciones de carácter específico, como cuando se celebra un contrato estatal. Admitir que una nulidad absoluta de uno de estos contratos esté al alcance de cualquier persona, como pretende el demandante, sería exponer la contratación a los caprichos o abusos de quienes pudiesen querer obstaculizarla y que, sin acreditar ningún interés, estuviesen en posibilidad efectiva de dirigir solicitudes, aun infundadas, en busca de nulidades que, así no fueran declaradas, implicarían dilaciones y trámites contrarios a la agilidad de la gestión pública y a la ejecución de importantes actividades propias del Estado, todo en perjuicio del interés colectivo.”

Consejo de Estado que “tal interés debe ser distinto de aquel que en principio tiene toda persona de salvaguardar el orden jurídico; se sigue entonces que quien demanda debe verse afectado o perjudicado con la suscripción del contrato que se pretende anular; por ende dicha situación no se presume, sino que quien la alegue debe acreditarla, por lo menos sumariamente, al momento de presentar la demanda”⁹⁴¹.

El concepto de interés directo que debe asistirle al tercero ajeno al contrato, que acude en demanda de nulidad absoluta, debe tener una consistencia específica y concreta para su aceptación por parte de la jurisdicción. En el caso de que se invoque le corresponde demostrar al demandante que a partir del contrato se deriva algún tipo sustancial de provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en su esfera jurídica una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado. Esto es, el interés no puede de ninguna manera ser genérico, y debe surgir sin necesidad de acudir a intermediaciones o interpretaciones de ninguna índole⁹⁴².

Para la Corte Constitucional, la exigencia de un interés directo para los terceros en el ejercicio de la acción contractual corresponde a un juicio de razonabilidad del legislador que lo lleva a ponderar el interés general que encarna este tipo de acciones y los derechos subjetivos de las partes contratantes. La restricción

⁹⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 14 agosto de 2003, exp. 24747. “Ello significa que en el régimen actual el legislador no habilita a interponer la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales a quienes no tengan un interés directo que los conduzca a impetrar la nulidad del contrato; ni a quienes simplemente persigan tutelar la legalidad abstracta de la actuación de la administración [...] Entiende la Corte que ‘el interés directo’ connota la legitimación que puede derivarse del hecho o circunstancia que lo vincula a la necesidad, no de promover un proceso para definir lo relativo a la nulidad, sino para intervenir en el mismo en razón de que las resultas pueden incidir, repercutir o afectar en cualquier forma o modo su situación e intereses, o el goce o efectividad de sus derechos –no sólo económicamente–. Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque repárese bien en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general [...] La restricción de la titularidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales a los terceros que demuestren un interés directo en el contrato cumple una finalidad constitucionalmente relevante, en tanto cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal.”

⁹⁴² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 27 de febrero de 2002, exp. 23367.

busca ante todo evitar que la amplitud de la titularidad de la acción dé lugar a que se planteen controversias contractuales con fines y propósitos ajenos a los que inspiran la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales, con perjuicio para las partes, pues el derecho de estas a obtener una decisión definitiva sobre la validez del contrato en un tiempo razonable es igualmente digno de protección constitucional, y adicionalmente cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal⁹⁴³.

1. ACCIÓN CONTRACTUAL ESTRICAMENTE OBJETIVA. CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA DEL CONTRATO ESTATAL. EFECTOS. DECLARATORIA MEDIANTE TERMINACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA

Es aquella a través de la cual la única pretensión que se invoca es la de nulidad absoluta del contrato por cualquiera de las personas habilitadas o el Ministerio Público, lo que ha convertido esta modalidad en una verdadera acción objetiva⁹⁴⁴ que busca la pérdida de fuerza ejecutoria o de efectos de un negocio jurídico del Estado, dentro del cual en su formación se han configurado vicios de imposible saneamiento o ratificación⁹⁴⁵. En el entender de la doctrina, el objeto de la acción contractual objetiva constituye la máxima sanción que se puede imponer a un contrato al cual judicialmente se le compruebe que se encuentra incurso en aquellas situaciones insaneables que violentan expresas exigencias legislativas.

⁹⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 del 14 de abril de 1999.

⁹⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 17 de noviembre de 1994, exp. 10069.

⁹⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 12 octubre de 2000, exp. 13097. “La validez es también un estado del contrato, pero de adecuación jurídica desde el procedimiento de su formación y hasta en los elementos de existencia al momento de su celebración; si no se da esa adecuación validez en su formación y de cada uno de los elementos orgánicos para la conformación del contrato, éste contiene un vicio de nulidad que puede dar lugar a que judicialmente se invalide (arts. 78 y 79 Dcto. Ley 222 de 1983). De lo dicho se concluye que solo la falta de ‘validez’ (cualidad jurídica de adecuación al ordenamiento jurídico desde la iniciación del procedimiento hasta el momento de la celebración del contrato) es la que puede dar lugar a la declaratoria de nulidad. Las otras faltas de adecuación al ordenamiento jurídico posteriores a la celebración del contrato no originan nulidades; esas faltas posteriores son: el no perfeccionamiento y la ausencia de requisitos para su ejecución. Se caracterizan porque, como ya se dijo, son sobrevinientes a la celebración del contrato y acarrear o imposibilitan su ejecución.”

A esta situación se llega, es de advertirlo previamente, en virtud de un análisis de ineficacia del acto jurídico. Por regla general, los actos y contratos que celebre la administración pública deben cumplir plenamente los requisitos establecidos por el legislador para su validez. Se presume que todo acto que nace a la vida jurídica es el producto del cabal y pleno cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos necesarios para su conformación. Cuando las condiciones legales para la validez de un acto o negocio de la administración no se cumplen por el operador del derecho, se dice que nos encontramos frente a un acto o negocio imperfecto, y por lo tanto susceptible de ser calificado como ineficaz.

A través del concepto de ineficacia se recogen todas aquellas sanciones que la ley establece para los actos o negocios que carecen de alguno de los requisitos que en ella se establecen, con el fin de punir el incumplimiento al principio de legalidad. La ineficacia busca, ante todo, afectar total o parcialmente la fuerza vinculante que pueda tener un acto o negocio en el mundo jurídico y establece los efectos negativos a partir del desconocimiento del principio de legalidad: de ahí que implique en muchos casos privar a un acto jurídico de los efectos que se espera que produzca. Desde esta perspectiva, los actos jurídicos pueden revestir diferentes grados de imperfección de acuerdo con el tipo de violación o desconocimiento a los requisitos establecidos por el legislador; de ahí que existan diversos grados de ineficacia.

Cuando el desconocimiento del ordenamiento jurídico por parte de los operadores del derecho lleva a que se omitan los requisitos esenciales para la formación de un acto jurídico se habla o de inexistencia del mismo o de ineficacia de pleno derecho. En otros casos, cuando se viola uno de estos requisitos, así como otros fundamentales para la validez del acto, esto es, igualmente esenciales, es evidente que nos encontramos ante nulidades absolutas, insaneables, que tan sólo pueden dar lugar a la desaparición del ordenamiento jurídico del correspondiente acto. Cuando se trata del desconocimiento de requisitos no esenciales en la conformación del acto

jurídico –es decir, aquellos que no obstante su omisión o violación por el operador del derecho permiten la vida jurídica del acto, por no viciarlo de fondo, y que admiten la posibilidad de subsanar el defecto, de manera expresa o por el transcurso del tiempo– se dice que estamos frente a un caso de nulidad relativa.

Las nulidades absolutas se fundamentan en la necesidad de darle seguridad jurídica y seriedad al principio de legalidad, pretendiendo que con su presencia se respeten los requisitos y formalidades esenciales a los cuales debe sujetarse todo acto para su existencia y ejecución. En este sentido, nos encontramos ante una institución eminentemente sancionadora de todo incumplimiento de la legalidad sustancial, que produce en consecuencia la privación de los efectos jurídicos del correspondiente negocio. Desde esta perspectiva, esto es, tratándose de una sanción de orden civil, ésta debe reunir los requisitos constitucionales de la pena, es decir, debe estar taxativamente establecida en la ley para su aplicación.

Quien pretenda alegar la nulidad absoluta de un negocio jurídico del Estado, o sea, desvirtuar su sujeción al principio de legalidad, no solamente debe demostrar sus argumentaciones, sino que también debe fundarse en una de las precisas causales que el legislador establece para tales efectos. En este sentido, el régimen de las nulidades absolutas es de carácter excepcional, y en consecuencia de interpretación restringida.

Las causales señaladas por el legislador, tanto en el estatuto comercial como en el civil, como nulidades absolutas se fundamentan, básicamente, en razones de interés general de orden público y de preservación del ordenamiento jurídico con el fin de que los supremos intereses de la sociedad no se vean desbordados en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para estos efectos el legislador acude al concepto de imperio o de poder, con miras a disponer u ordenar de manera perentoria determinadas situaciones relacionadas con el negocio jurídico a fin de que no queden bajo la órbita de regulación de las partes, debiéndose cumplir por encima de cualquier

apreciación subjetiva o interés personal. Las normas imperativas son en consecuencia esenciales y su omisión se sanciona con la nulidad absoluta.

La imperatividad de una exigencia o requisito legal puede inferirse por vía de diferentes expresiones del legislador, entre otras: prohíbese, es nulo, no se podrá, no tendrá valor, se tendrá por no escrito, se mirará como no ejecutado, deberá. No obstante esta aproximación al tema de lo esencial por vía de lo imperativo, debe tenerse en cuenta que existen muchas exigencias o requisitos imperativos que no son básicamente prohibitivos, lo que implica de manera inevitable un trabajo interpretativo por parte del juez para evaluar hasta qué punto podían las partes modificar, derogar o disponer lo ordenado por el legislador; si la conclusión a que se llega es la de la imposibilidad de tocar el contenido del mandato legal, alterándolo o modificándolo, nos encontraremos, por lo tanto, ante un requisito esencial, cuya inobservancia daría lugar a una nulidad absoluta.

En cuanto se refiere a los contratos estatales, el legislador establece en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 un preciso régimen de causales de nulidad absoluta, lo que facilita enormemente la identificación de los requisitos esenciales dentro del contrato estatal. Este régimen tiene como punto de partida las causales de nulidad del derecho civil y las especiales que se han regulado en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, la nulidad absoluta, en particular aquella referida al contrato estatal, es la que se tipifica a partir de las situaciones configurativas de la misma, señaladas en el derecho privado, esto es, siguiendo los parámetros del artículo 1741 C. C., cuando el contrato se encuentra estructurado con objeto o causa ilícitos; o si en su formación se han desconocido fundamentales exigencias, solemnidades, requisitos que las leyes prescriben para otorgarle valor al mismo en consideración a su naturaleza, al igual que por incapacidad absoluta de las partes contratantes o de una de ellas.

Adicional a estas, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 prevé como causales

especiales de nulidad absoluta las siguientes: que se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; que se celebren con abuso o desviación de poder; que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y que se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la ley contractual colombiana⁹⁴⁶.

– *Causales por remisión al derecho privado.* De acuerdo con la redacción de esta disposición, para el legislador constituyen, en primer lugar, requisitos esenciales dentro del contrato estatal aquellos señalados en el derecho común o expresamente en esta disposición cuyo desconocimiento llevaría a la nulidad absoluta. En este sentido, al desarrollar la primera parte de la norma y tratar de analizar su alcance en cuanto a los casos previstos en el derecho común encontramos que ese derecho está dado, según el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, por los estatutos mercantil y civil.

A partir del artículo 899 C. Co. se entiende que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico: cuando en el trámite o celebración del mismo se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; cuando contenga causa u objeto ilícito, y cuando se haya celebrado con persona absolutamente incapaz. Los anteriores criterios legislativos se complementan con los que ofrece el artículo 1741 C. C., según el cual hay nulidad absoluta en un contrato cuando contenga objeto o causa ilícita o se hubiere producido por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para darle valor al mismo

⁹⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001 (MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA: “Al respecto ha de decirse por la Corte que, ciertamente, la remisión que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 hace a las causales de nulidad establecidas en el derecho común, adicionadas por las cinco expresamente contenidas en los numerales de esa norma legal, en definitiva incorpora al estatuto de la contratación administrativa, que es de derecho público, las circunstancias constitutivas de nulidad conforme al Código Civil. Ello significa, entonces, que por esa vía se hacen aplicables las normas de que tratan los artículos 1502, 1519, 1523, 1525, 1740, 1741 y 1746 C. C., el penúltimo de ellos con la redacción que le imprimió el artículo 2.º de la Ley 50 de 1936. Es decir que, conforme a ello, el régimen propio de las nulidades contractuales cuando éstas son absolutas es riguroso y severo. Por ello, cuando las nulidades provengan de objeto o causa ilícita, no pueden ser saneadas por las partes a tenor de lo dispuesto por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1936.”

en razón de su naturaleza, y así mismo cuando se ha celebrado con personas absolutamente incapaces.

Desde esta perspectiva, y al aplicar estos criterios al contrato del Estado, estaríamos frente a un requisito esencial omitido, cuando lleguemos a la conclusión de que se violó una norma de carácter imperativo relacionada con el contrato. Esto es, de aquellas que contienen un mandato improrrogable, innegociable, inderogable y vinculante, sin discusión alguna para la autoridad pública.

Así mismo, estaríamos frente a violación de requisitos esenciales en todos aquellos eventos en que el contrato contenga causa u objeto ilícito. El legislador espera que todo negocio que celebre la administración pública se refiera y tenga como fundamentos los propios del ordenamiento jurídico. El objeto, por regla, debe ser lícito, es decir, permitido por la ley. Nos encontramos, por lo tanto, ante una previsión imperativa de los ordenamientos civil y comercial, que busca garantizar el orden público en el trámite y celebración de los negocios jurídicos; por lo tanto, es esencial para todo contrato que su objeto sea lícito.

La ilicitud del objeto es sancionada por el ordenamiento jurídico. Se entiende que hay objeto ilícito en todo contrato, según se establece en el artículo 1519 C. C., cuando en un contrato la materia de que se trate “contraviene al derecho público de la Nación”; norma que se complementa con lo dispuesto en el 1521 ibídem, según la cual también hay objeto ilícito: cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, como en los bienes gravados o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial.

También habría objeto ilícito, conforme al contenido del artículo 1523 C. C., cuando los actos jurídicos se encuentran prohibidos por las leyes. De todas formas, se debe tener en cuenta que de ninguna manera la actuación de las

partes puede quedar incurso en la prohibición del artículo 16 C. C., según la cual “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”. Se trata de una norma imperativa que contiene una prohibición general que permite controlar ampliamente el desconocimiento al requisito legal esencial del objeto lícito⁹⁴⁷.

Por lo que se refiere a la causa en los contratos, se debe recordar que, de acuerdo con el artículo 1502 C. C., en todo contrato, por regla imperativa, y sin excepción alguna, se exige causa lícita; es decir, el motivo, la razón o fundamento del contrato (art. 1524 C. C.) debe corresponder directamente con el ordenamiento jurídico. En este sentido, la causa ilícita consistiría en toda fundamentación fáctica o jurídica del negocio contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Del estudio de las normas del estatuto civil sobre nulidad absoluta se deduce que en derecho colombiano la omisión de aquellos requisitos o formalidades indispensables para darle valor a un acto o contrato –esto es, normas imperativas esenciales– podría llevar a la nulidad absoluta, asunto que desde el punto de vista del Código de Comercio implicaría la inexistencia del correspondiente negocio. Como el objeto de nuestro estudio no es profundizar en estas discusiones históricas sino, por el contrario, definir los parámetros para la identificación de requisitos esenciales en un contrato, se debe admitir que, así se trate de nulidad absoluta o de inexistencia, de todas formas la procedencia de estos grados de ineficacia se hace respecto de exigencias sustanciales del contrato. En otras palabras, si se omiten requisitos o formalidades indispensables para darle valor a un acto o contrato nos

⁹⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 7 de octubre de 1999, exp. 12387. “Sin embargo, teniendo en cuenta las muy particulares circunstancias que rodean el caso, la Sala revocará la decisión recurrida y en su lugar declarará, de oficio, la nulidad, por objeto ilícito, del contrato de compraventa de bienes muebles suscrito entre la sociedad Non Plus Ultra S. A. y la Empresa Distrital de Transportes Urbanos de Bogotá (hoy liquidada), puesto que la entidad demandada procedió, contra expresa prohibición legal, a enajenar unos bienes muebles (buses) sin haber obtenido previamente autorización de la Dirección General de Aduanas para tal efecto, requisito absolutamente indispensable para ello.”

encontramos, sin duda alguna, ante requisitos esenciales que están siendo omitidos.

Importante punto de referencia para la determinación de requisitos esenciales a partir del estudio de la nulidad absoluta lo encontramos en la causal contenida tanto en el estatuto de comercio como en el civil, según la cual se configura nulidad absoluta al celebrar el contrato con persona absolutamente incapaz. Quedarían comprendidos dentro de esta incapacidad del Código Civil los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, los disipadores que se hallen bajo interdicción y los dementes seniles.

La reflexión sobre los requisitos esenciales del contrato nos conduce, por vía del artículo 1502 C. C., a sostener que es exigencia de esta naturaleza la de que el consentimiento involucrado en el contrato no adolezca de vicio. Los vicios del consentimiento, según el 1508, serían el error, la fuerza y el dolo. Sin embargo, si el intérprete del derecho pretende tomar como punto de referencia estos vicios para sustentar la violación o el desconocimiento a un requisito legal esencial, debe tener en cuenta que algunos de estos vicios generan nulidad relativa del negocio. Según el artículo 1509, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. El error de hecho, según el inciso 2.º artículo 1511, cuando no recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto no lo vicia, salvo que la calidad del mismo sea el objeto principal para contratar. Igual sucede en tratándose del error sobre las personas, en donde, según lo dispuesto en el artículo 1512, el error acerca de la persona con la que se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato, como acontece en los contratos estatales en donde, según lo dispuesto en el inciso 3.º artículo 41 de la Ley 80 de 1993, todos los contratos que celebre el Estado son *intuito personae*⁹⁴⁸.

⁹⁴⁸ Por regla general, tratándose de los vicios del consentimiento, sostiene la doctrina privatista, no se producen nulidades absolutas. Posiblemente se estructuran nulidades relativas, pues el error, la fuerza y el dolo hacen relación de manera exclusiva con una de las partes del negocio. Sin embargo, debemos tener en cuenta que cuando se trata de negocios estatales una de las

– *Causales especiales del artículo 44 de la Ley 80 de 1993*. Como lo advertimos, el régimen colombiano mixtura tanto las causales de nulidad absoluta de la ley privada como la del derecho público. Estas son las siguientes:

Causal 1. “Que se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley”.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establece el ordenamiento jurídico colombiano obedece a claras directrices constitucionales tendientes a romper el principio de igualdad, limitando los derechos políticos y negociales de todas aquellas personas que, en virtud de sus especiales situaciones de carácter individual, puedan eventualmente poner en peligro los intereses generales y el bien común, depositados en las entidades estatales. Se trata de todo un régimen de negación de derechos o de establecimiento de prohibiciones por razones de interés público –por lo tanto, de origen y justificación institucional– que deben soportar todos aquellos que se encuentren incursos en las hipótesis que el legislador establece para estos propósitos.

De manera concreta, la existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad; por estas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con las entidades estatales.

La Constitución y el legislador quieren la mayor transparencia y pulcritud en el

partes es una entidad estatal, a la cual no se le puede dar un tratamiento de simple entidad particular.

manejo de las decisiones públicas y, sobre todo, en el destino de los recursos presupuestales vinculados con la contratación, con el propósito de que éstos no se trasladen a sujetos que pueden caracterizarse legalmente por estar incursos en conflicto con el interés general. Cualquier actitud complaciente con el individualismo o con los intereses personales para el manejo del Estado resulta reprochable frente al ordenamiento jurídico, en especial en materia contractual, donde el legislador ha elevado a conducta sancionable todas aquellas relaciones contractuales con sujetos incursos en prohibiciones en razón de sus conflictos con el interés general. En esta materia, la insistencia del ordenamiento contiene especiales connotaciones públicas y jurídicas⁹⁴⁹.

Por esta razón, se concretan en el ordenamiento jurídico las llamadas incompatibilidades o inhabilidades, que constituyen, ambas, prohibiciones. En el primer caso, por regla general, para quienes desempeñan o desempeñaron un cargo público, para contratar con el Estado; esto con el fin de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la misma, si se tiene en cuenta que los intereses personales del servidor público definidos por el constituyente o el legislador pueden entrar en conflicto con el interés general si se celebra un determinado contrato. Estos conflictos en la mayoría de los casos se refieren a la relación laboral, al parentesco, a vínculos afectivos o de matrimonio. El legislador, en virtud de consideraciones políticas y de los altos intereses del Estado, puede establecer otros criterios para efecto de esta modalidad restrictiva.

La inhabilidad, por el contrario, resulta por lo general imputable al posible contratista o particular que desee acceder a un cargo público. Se trata así mismo de consideraciones personales definidas por el legislador que limitan su

⁹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, exp. C-489. Al respecto sostiene la Corte Constitucional: Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales, que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato.

posibilidad de acción dentro del tráfico jurídico⁹⁵⁰. Las inhabilidades e incompatibilidades son entonces de derecho estricto, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso, de imposible interpretación o aplicación analógica⁹⁵¹.

Para el caso concreto de la ley de contratación estatal, el Consejo de Estado ha explicado el alcance ideológico y político de estas prohibiciones⁹⁵².

No obstante, el legislador incorpora conductas bajo el título genérico de inhabilidades o incompatibilidades, sin hacer distinción, como si se tratara de fenómenos similares, tal como ocurre en materia de contratación estatal, donde el artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 comprende bajo el título de inhabilidades e incompatibilidades una serie de conductas, todas ellas prohibitivas para participar en licitaciones o celebrar contratos, y con efectos similares, es decir, excluyentes de los procesos contractuales del Estado. Sin embargo estas no son las únicas, es indispensable por lo tanto articular estas causales con las dispuestas en otros ordenamientos como el disciplinario, ley anticorrupción, etc. para tener una visión integral de lo que constituye un verdadero régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratos estatales en el

⁹⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 29 de abril de 1998, exp. 1097.

⁹⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 30 de octubre de 1996, exp. 925. "Las inhabilidades e incompatibilidades, así como sus excepciones, son de interpretación y aplicación restrictiva. Por lo tanto, al no considerar la ley el hecho de ser el oferente pariente del representante legal de la entidad contratante como una excepción a la incompatibilidad prevista, ésta no puede dejar de aplicarse; las razones de conveniencia o inconveniencia para la Administración no son admisibles frente a mandato concreto de la ley (lit. b art. 8.2 Ley 80 de 1993)".

⁹⁵² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 28 de agosto de 1997, exp. 10760. "De conformidad con la filosofía inspiradora de la normativa contenida en la Ley 80 de 1993 y particularmente en lo relacionado con la razón de ser de la normativa de causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, se tiene que indudablemente han sido intereses públicos de carácter general los que han evidenciado la necesidad de que los procesos de selección de los contratistas que establecen vínculos para con la administración se adelanten dentro de parámetros de transparencia, moralidad e igualdad, para todos aquellos que concurren al proceso de selección. Esta es la razón de ser de la existencia de causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad, que buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio o de concurso como en el acto mismo de contratación se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial para con quienes ostentan posiciones directivas en la administración puedan participar en los procesos de selección, pues dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación."

derecho nacional⁹⁵³.

Causal 2. “Que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”.

Se trata de una causal fundada en el interés general y la protección a la imperatividad legal. De desconocerse las prohibiciones legales en materia contractual se estaría violando un amplio número de exigencias esenciales en

⁹⁵³ Artículo 8.º de la Ley 80 de 1993: “*De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.* 1.º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. b. Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados. c. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. d. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. e. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado. f. Los servidores públicos. g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso. h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso. i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Las inhabilidades a que se refieren los literales c, d, e i se extenderán por un término de 5 años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b y e, se extenderán por un término de 5 años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma. 2.º Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de 1 año, contado a partir de la fecha del retiro. b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. c. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. e. Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada. Parágrafo 1.º La inhabilidad prevista en el literal d. del ordinal 2.º de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. Parágrafo 2.º Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.”

el contrato del Estado. Adicional a las exigencias de carácter constitucional, que obviamente no pueden ser violadas por los servidores públicos, encontramos que en el artículo 24.8 de la Ley 80 de 1993 se establece una prohibición general en materia contractual, que permite darle entidad a esta causal de nulidad absoluta. Según esta disposición, “Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

Conforme a esta prohibición, constituiría requisito esencial del contrato del Estado el respeto integral a los principios de interés general, transparencia y selección objetiva. Se trataría de principios integralmente configuradores de requisitos legales esenciales; es decir, todas las normas y conceptos referentes a estos principios estructuran un régimen imperativo, innegociable e inderogable por la voluntad de las partes, que de llegar a desconocerse generaría nulidad absoluta y seguramente responsabilidad penal del servidor público conforme al delito que nos ocupa, excepto en el caso del principio del interés general.

Debe tenerse en cuenta que, conforme a la redacción del artículo 24.8 de la Ley 80 de 1993, el legislador igualmente le prohíbe a los servidores públicos eludir los demás requisitos establecidos en el estatuto de la contratación estatal; esto es, todos aquellos otros que no puedan encajarse en los principios de transparencia o selección objetiva, lo que implica para el juez del contrato, sea éste administrativo o penal, entrar a analizar absolutamente todas las exigencias de la Ley 80 de 1993 con el fin de verificar cuáles de ellas pueden ser calificadas de imperativas, es decir, afectas al orden público, el interés general y las buenas costumbres, para efectos de calificarlas como esenciales o no y, en consecuencia, invocarlas para una nulidad absoluta del contrato.

Causal 3. “Que se celebren con abuso o desviación de poder”.

El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato, o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal⁹⁵⁴.

En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico⁹⁵⁵. En esta dirección, reconocemos para las relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general, el cual, en palabras de LUCIANO PAREJO,

⁹⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999. Cfr. igualmente MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, cit., p. 90.

⁹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003. “La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1.º se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 C. N. señala que ‘la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad’. Añade también que ‘las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado’. En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso 2.º de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones’. La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés.”

“se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos; es decir, a las organizaciones estatales (o las designadas por éstas) en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados”⁹⁵⁶. Lo anterior sin negar su significado amplio, en cuanto rector de la totalidad de las actividades de las funciones públicas, y no sólo de las administrativas.

La Constitución colombiana recoge de manera amplia el anterior postulado fundamental de la actividad pública nacional, no sólo a partir de su preámbulo, sino también, de manera expresa, en el artículo 1.º, al destacar su carácter prevalente dentro de los principios rectores del Estado. Así como en el artículo 2.º, al darle contenido de fin esencial o de propósito supremo del Estado, en el sentido de que a partir de su materialización se debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en el artículo 58, al otorgarle primacía sobre los intereses particulares; en el inciso 2.º artículo 123, al determinar y aclararle definitivamente a la totalidad de los servidores públicos de todos los niveles que se encuentran a su servicio, con el fin inobjetable de que su acción se proyecte sobre la comunidad. Por último, en el 209, al elevarlo a principio rector, específicamente de la función administrativa, y reiterar que en su aplicación práctica implica y significa, nada menos, que esta función en su totalidad, sin ninguna excepción, está destinada constitucionalmente al servicio de los intereses generales⁹⁵⁷.

Los anteriores postulados fueron retomados por el legislador en la ley de

⁹⁵⁶ PAREJO ALFONSO et ál. *Manual de derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 607.

⁹⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, exp. D-2268. “Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso 2.º de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones’.”

contratación pública (art. 3.º Ley 80 de 1993), al definir los fines de la contratación estatal, destacando que los contratos que celebre el Estado no pueden tener propósitos diferentes que el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y la atención y satisfacción de las necesidades colectivas. Así mismo, este ordenamiento reitera a los particulares que se relacionen contractualmente con la administración que el contrato estatal no es tan sólo una fuente de utilidades, sino una forma para lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista en el Estado colombiano⁹⁵⁸.

Es justo a partir de esta circunstancia que adquiere importancia institucional el interés general para el contrato, en la medida en que conlleva en sí mismo reproche, no aceptación de cualquier posibilidad de que los intereses individuales o particulares de un servidor público, del contratista o de cualquier persona puedan determinar la escogencia del contratista, la celebración del contrato, la ejecución del mismo o su correspondiente liquidación. Cualquier ruptura del interés general en el contrato en favor del interés particular implica el surgimiento de vicios en la legalidad del mismo⁹⁵⁹.

Analizar, en consecuencia, la negación del interés general nos acerca inevitablemente a la teoría del abuso o desviación de poder como causal de nulidad, no sólo de los actos administrativos, conforme a lo establecido en el artículo 84 CCA, sino también de los negocios del Estado, según lo dispuesto en el artículo 44.3 de la Ley 80 de 1993. En definitiva, en el ordenamiento jurídico

⁹⁵⁸ JORGE BENDECK OLIVELLA. "Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993", *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992: "Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados".

⁹⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992. "En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general."

colombiano es inadmisibles, no sólo dentro de las actuaciones unilaterales tendientes a producir actos administrativos, sino también en las bilaterales propias de los negocios jurídicos del Estado, la posibilidad de que los servidores públicos actúen motivados por razones de orden personal.

El principal efecto del desconocimiento del principio rector y básico del interés general es la configuración de una situación de abuso de poder⁹⁶⁰, que en materia administrativa se traduce en la causal de nulidad por desvío de poder, esto es, por desconocer el operador del derecho las finalidades previstas en el ordenamiento jurídico administrativo respecto de las decisiones que le corresponde adoptar. Como lo sostiene JEAN RIVERO, el único propósito que debe mover a la administración en cualquier actuación es el de satisfacer el interés público⁹⁶¹:

Se estructura el vicio por desviación de poder en aquellos eventos en los que la administración, utilizando sus poderes, actúa con la pretensión de alcanzar un fin diverso al que en derecho le correspondería de manera general, o a dicha

⁹⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003. “La primera faceta de protección del interés general ante actuaciones indebidas de los servidores públicos que ejercen sus competencias para fines no previstos en la ley en materia contractual la constituye entonces la anulación de los contratos viciados de desviación de poder. La noción de desviación de poder ha merecido en la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera particular atención. Dicha desviación se presenta, ha dicho la Corte, ‘cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia’. Cabe precisar al respecto que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción en lo contencioso administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo de la actividad de la administración. Así ellas no se limitan al control de la regularidad formal de los actos y contratos, sino también a comprobar la regularidad material de los mismos, es decir la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, bien desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si esta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia.”

⁹⁶¹ RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 227 y 278. Sobre este tema cfr. la extensa obra de JAIME SÁNCHEZ. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1973. “La administración, a diferencia del particular que escoge libremente el objeto de sus actos, se ve imponer la finalidad que su acción debe perseguir. De manera general, ella no debe ejercer nunca sus competencias sino en vista de la satisfacción del interés público, en virtud de un principio general del derecho [...] La desviación del poder es el vicio que tacha a un acto por el que la administración, en desconocimiento de estas reglas, ha perseguido un fin diferente del que el derecho le asignaba, desviando así el poder que le fue confiado de su fin legal.”

autoridad en particular. En consecuencia, se reitera la idea general de la doctrina, constituye desvío de poder “el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico”. Se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad por el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia externa de legalidad; la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal: no es objetable ni por incompetencia ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto. Eventualmente podría acompañarse de una falsa motivación, dentro del contexto que ya hemos explicado⁹⁶².

Por lo que respecta a su naturaleza, ésta, a diferencia de los motivos y otros elementos del acto administrativo, es estrictamente subjetiva. Su *iter desviatorio* se produce en el interior, no propiamente de la administración, sino de aquellas personas naturales que llevan su representación. Razón ésta que hace que su estudio y juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, en la subjetividad del autor del acto. Esto es así puesto que lo que predomina al producirse un acto viciado de esta manera es la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración. De ahí que resulte lógico ubicar e identificar dicho oculto querer para poder, de manera satisfactoria, compararlo con la verdadera finalidad de servicio público, que es la que debe orientar toda actuación administrativa, y dictaminar, sin lugar a errores, la magnitud de la desviación del poder público, que, sea cual fuere, causará sin falta la nulidad del acto que la contenga.

Las modalidades y motivos de la desviación de poder pueden ser de las más variadas connotaciones; no obstante, para efectos de teoría general, podemos afirmar que las primeras dependen de los segundos de la siguiente manera: por regla general, la desviación se produce cuando se persigue un fin distinto a aquel fijado en la norma de derecho, razón por la cual, *ab initio*, podemos indicar que esta violación puede ser de dos clases: por desconocimiento de la finalidad general del ordenamiento, es decir, cuando la autoridad

⁹⁶² JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 402.

administrativa, al actuar, busca un fin diverso al del servicio público; y por desconocimiento de la finalidad específica atribuida a la autoridad administrativa de manera particular. En este segundo evento, el funcionario público, al proferir el acto administrativo, se inspira en fines diversos a aquellos concretos, específicos y determinados, cuya consecución le ha sido conferida por la ley. Estas dos modalidades pueden producirse por muy diversas causas, que en nuestra opinión no pueden sectorizarse en uno u otro grupo y constituyen una variedad genérica, aplicable tanto a violaciones de la finalidad general como particular. Podemos, en consecuencia, considerar como motivos generantes de la desviación de poder los siguientes: el interés personal; dentro de esta modalidad debemos ubicar todas aquellas actitudes desviatorias de la finalidad del acto inspiradas en consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes ilegales o de desconocimiento de la ley, o de fraude a ésta, de favorecimiento a terceros o a grupos determinados, entre otras; todas éstas emanadas del sujeto actor del acto administrativo. Y el interés administrativo diverso al señalado en el ordenamiento; en este evento el funcionario desvía su actuación, no ya en fines de naturaleza personal, sino en interés de la misma administración, pero en desconocimiento tanto del marco teleológico general como particular, lo que hace de sus manifestaciones de voluntad actos administrativos viciados en razón de un claro desvío de poder.

Ante la dificultad que implica adentrarse en la subjetividad propia de quienes actúan desviadamente, la doctrina ha elaborado lo que se denomina, los síntomas denunciadores del desvío de poder, que no son más que elementos indiciarios para su configuración probatoria, que si bien es cierto se predicen de los actos de contenido unilateral, no encuentro –afirma CRETELLA– mayor dificultad para que sean aplicados en materia contractual; entre ellos se señalan los siguientes: contradicción del acto con medidas anteriores; contradicción del acto con medidas posteriores; motivación excesiva; motivación contradictoria; motivación insuficiente; alteración de los hechos; decisión ilógica; derogación de norma interna; precipitación con que el acto fue proferido; desigualdad de tratamiento a los interesados; carácter sistemático de ciertas prohibiciones; carácter general atribuido a medidas que deberían

permanecer como particulares; injusticia manifiesta; disparidad de tratamiento, entre otros⁹⁶³.

Causal 4. “Que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

Si se llega a decretar la nulidad por la jurisdicción contencioso administrativa de un acto administrativo de la etapa precontractual que pudiere ser calificado verdaderamente como separable, esto es, con entidad propia, y que hubiere sido fundamental para la celebración del contrato (causal 4), se puede sostener, sin lugar a discusión, que se violó un requisito esencial dentro del trámite contractual, como es el de la sujeción irrestricta al principio de legalidad y, sobre todo, el del respeto a la legalidad de cada una de las decisiones o actos administrativos propios de la actividad precontractual.

Causal 5. “Que se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la ley contractual colombiana”.

Se trata de la violación a un precepto legal que determina un orden preciso para el ejercicio contractual en situación de igualdad y respeto dentro del ámbito negocial. Procede en los casos en que se inaplique o desconozca lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, en cuanto el legislador considera como esencial que en los procesos contractuales se garantice la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, y se respeten las demás exigencias de dicha norma, razón por la cual la elevó a causal de nulidad absoluta en el artículo 44.5⁹⁶⁴.

⁹⁶³ JOSÉ CRETILLA JR. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, Río de Janeiro, Forense, 1978, p. 108.

⁹⁶⁴ Artículo 21: “*Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales*. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica. En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de

– *Causales de nulidad relativa del contrato estatal.* La ineficacia de nulidad absoluta no es la única en el derecho nacional, los contratos del Estado también pueden de manera transitoria estar incursos en vicios de nulidad relativa por su naturaleza subsanables. Tal y como lo expusimos a propósito de las nulidades absolutas, las mismas constituyen una situación excepcional dentro del principio de legalidad; de ahí su carácter de taxativas y restrictivas. Esta es la razón por la cual es común, en el ordenamiento jurídico, encontrar causales de nulidad absoluta y no de nulidad relativa. Las nulidades relativas se configurarán a partir de todos los vicios del acto jurídico que no queden en las causales de las absolutas. Incluso se sustentan en causales de nulidad que no afectan el interés general; de ahí porqué, en materia de derecho privado, se sostiene que la nulidad relativa se establece como un mecanismo de protección a los intereses de ciertas y determinadas personas: aquellas que pudieren resultar afectadas con una violación al ordenamiento jurídico, y que por lo tanto pueden subsanar tal deficiencia a través de los mecanismos de la autonomía de la voluntad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 80 de 1993, los demás vicios que se presenten en los contratos, esto es, aquellos que no puedan calificarse de constitutivos de nulidad absoluta, llevarán siempre el rótulo de vicios propios de una nulidad relativa, caracterizados porque pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio, es decir,

proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica. El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales. Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales. Parágrafo 2.º El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional”.

desde el momento que se produjo el desconocimiento al principio de legalidad. Esta idea residual de la nulidad relativa ya se había incorporado en el ordenamiento jurídico en el artículo 1741 C. C. cuando se dispuso en su inciso final que “cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

Como se puede observar, es evidente que el punto de partida para la configuración de una nulidad relativa está dado por la violación al principio de legalidad simplemente formal, y no a la sustancial que caracteriza la existencia de nulidades absolutas; en efecto, su fundamento no reside en normas imperativas de orden público, estructuradoras de requisitos esenciales. Según lo señalan OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, a falta de requisitos esenciales nos encontramos con la nulidad relativa en casos como: los de incapacidad relativa, ciertas incapacidades particulares, en ciertas hipótesis de vicios del consentimiento y lesión enorme: “Los vicios de la voluntad, o sea el error, el dolo y la fuerza, en cuanto reúnan las condiciones que la ley establece para que constituyan vicios dirimentes de los actos jurídicos, también están sancionados con la nulidad relativa”⁹⁶⁵.

- *Efectos de la declaratoria de nulidad.* La declaratoria de nulidad absoluta de un contrato puede eventualmente producir los siguientes efectos:

- La declaratoria de nulidad de un contrato, conforme a las disposiciones generales del Código Civil, tiene como efecto inmediato el retrotraer las cosas al estado que tendrían al momento de la celebración del contrato según los términos del artículo 1746 C. C. Esta disposición constituye una regla general, que admite excepciones, algunas de las cuales se dan en el caso de los contratos estatales. Adicionalmente la declaración judicial de la nulidad otorga a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo conforme a las pretensiones de la demanda; es decir, la respectiva sentencia que contenga tal declaración produce efectos retroactivos, conforme a los cuales, en el caso de los

⁹⁶⁵ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general*, cit., p. 462.

contratos, para cada parte surge el deber de restituir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado.

- La declaratoria de nulidad del contrato estatal tiene un efecto particular en el régimen de la Ley 80 de 1993 consistente en que implica la liquidación inmediata del mismo, para lo cual necesariamente deberán hacerse los reconocimientos mutuos y los pagos correspondientes a las prestaciones ejecutadas hasta el monto en que quede en firme dicha declaratoria. Lo cual en la práctica constituye en nuestra opinión una excepción al postulado explicado del artículo 1746 C. C., en el sentido de que de todas maneras habrá que pagar todo aquello ejecutado del contrato y en la cuantía en que la administración se hubiere beneficiado con el propósito de garantizar el principio de la conmutatividad del contrato establecido en el artículo 28 de la ley contractual del Estado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, lo cual denota que por interés general y seguridad jurídica no pueden en ciertos casos retrotraerse los efectos del contrato a la época de su celebración y hacerse las restituciones que correspondan como lo plantea la ley civil. Esta disposición establece una limitante muy importante y de consideración frente a los efectos del fallo de nulidad absoluta.

- Si la causal de nulidad absoluta involucrada lo fue por objeto o causa ilícita, el legislador no sólo sanciona el contrato con su pérdida de vigencia, sino también al contratista involucrado, reconociéndole tan solo una suma equivalente al beneficio obtenido por el Estado con la ejecución del objeto pactado. Según el inciso 2.º del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, “cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que se hubiere obtenido”. Esto con el fin de evitar la obtención de provechos o ventajas a partir de situaciones ilegales o eventualmente delictuales de los contratistas. En la práctica, significa que el contratista no puede entrar a obtener ningún tipo de ganancia de la ejecución de un contrato nulo por causa u objeto ilícito, y que la administración le reconocerá al

momento de la liquidación ordenada con ocasión de la nulidad el valor estricto y restricto de lo que cueste el objeto ejecutado, esto si la entidad se ha beneficiado, lo cual se entenderá en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

En la práctica el legislador en la ley contractual retoma con efectos muy particulares frente al contrato del Estado los artículos 1525 y 1746 inciso 1.º C. C. que establecen que no hay lugar a repetición o restitución de prestaciones cuando éstas han tenido por fuente un objeto o causa ilícitos, y se ha actuado a pesar de tener conocimiento de tal ilicitud⁹⁶⁶.

– *Terminación unilateral del contrato por configuración de causal de nulidad absoluta.* Por regla general la nulidad tiene que ser declarada judicialmente, inclusive de manera oficiosa cuando el juez la advierta en cualquier proceso donde se discutan asuntos contractuales⁹⁶⁷; sin embargo el legislador establece una interesante excepción al ejercicio de la acción contractual objetiva o de interés general en beneficio del orden jurídico al entregarle a las autoridades con responsabilidades en materia de contratación estatal un importante instrumento unilateral de terminación de todos aquellos contratos en que la administración tenga la prueba y plena certeza de que se celebraron con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; o contra expresa prohibición constitucional o legal; e incluso, cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenta. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º artículo 45 de la Ley 80 de 1993, “el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”. En estos casos nos encontramos, se insiste, ante un mecanismo excepcional de terminación unilateral fundado en causales de nulidad absoluta que se

⁹⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 24 de mayo de 2001, exp. 12247.

⁹⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de agosto de 2002, exp. 18673. “La Sala igualmente ha establecido que esa potestad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta que encuentre en un contrato, puede ser ejercida en cualquier proceso, instancia o trámite procesal en que se advierta la existencia de tal nulidad, incluido el trámite del recurso de anulación del laudo arbitral.”

convierten en la práctica en causales de terminación unilateral del contrato.

Esta hipótesis no impide que ante situaciones dudosas o controvertibles los interesados, en especial la administración pública, intenten la acción contractual de nulidad absoluta del contrato. Por lo demás, así debe ser tratándose de la causal cuarta del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, la procedencia de este mecanismo excepcional no exime a la administración de garantizar el debido proceso y, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 29 C. N., de iniciar las actuaciones administrativas correspondientes, dando oportunidad a las partes involucradas de expresar los argumentos, aportar y pedir pruebas. La decisión en todo caso deberá reunir los requisitos del artículo 35 CCA.

III. RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL CONMUTATIVO Y SINALAGMÁTICO Y LAS CAUSAS DE SU RUPTURA

Las definiciones del Código Civil de contratos sinalagmáticos, onerosos y conmutativos, articuladas por los contenidos, de clara naturaleza de intervención económica, de los artículos 4 num. 3, 5 num. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, hacen surgir para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujeto a un equilibrio económico⁹⁶⁸

⁹⁶⁸ HUGO PALACIOS MEJÍA. "El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150", en *Revista Economía Colombiana*, n.º 321, Bogotá, Contraloría General de la República, noviembre de 2007, pp 9 y ss. "[...] El concepto de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato estatal se usa, fundamentalmente, para definir el alcance de sus obligaciones económicas. Por lo tanto, ese concepto debe permitir dar una valoración económica a cada conjunto de derechos y obligaciones. ¿Es posible esa valoración? Sería ingenuo suponer que se puede llegar a definir, en pesos y centavos, el valor verdadero de cada conjunto. Pero, en la práctica, a menudo los contratistas dan valores precisos a los contratos que celebran con el Estado, a partir de fórmulas e hipótesis que los expertos consideran razonables. Por eso existe un mercado en el que tales contratos se negocian. Se negocian

permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de la simple lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares, la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato, lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia, es que de hecho, la equivalencia de la relación puede no ser proporcional y tampoco la norma garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse⁹⁶⁹, mientras que en el contrato estatal, el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de *igualdad o equivalencia* proporcional y objetiva de las prestaciones económicas, aspecto este que genera obligaciones ordenadoras para la administración pública responsable del contrato estatal.

Nos encontramos de esa manera ante un concepto de conmutatividad especial y, por lo tanto, preferente respecto de cualquier interpretación o aproximación que deba efectuarse en los casos en que estén de por medio contratos estatales, emanada de las viejas disputas doctrinarias francesas en torno a la sustantividad del contrato estatal y que han sido retomadas de manera amplia por nuestro régimen de los contratos públicos específicamente en los artículo 5 num. 1 y 27 de la Ley 80 de 1993⁹⁷⁰.

En este sentido y sobre esta base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado propuesta en este trabajo es la del mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos, que signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad, determinaron unas condiciones sobre las

tanto los derechos como las obligaciones. Se trata de un fenómeno antiguo, con mayores desarrollos cada día, que el código de comercio regula en los artículos 887 y concordantes [...].” Puede consultarse de manera general sobre la materia a LIBARDO RODRÍGUEZ R. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Bogotá, Temis, 2009.

⁹⁶⁹ PALACIOS MEJÍA. “El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150”, cit., pp. 9 y ss.

⁹⁷⁰ ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 399 y ss.

cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales se debe ejecutar el contrato, las que están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también, las contingencias y riesgos previsibles que asumieron, aspectos estos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Desde la perspectiva estrictamente normativa, la institución ha sido recogida bajo la siguiente caracterización en la Ley 80 de 1993:

Destaca el artículo 27 inciso primero de la Ley 80 de 1993 que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

En consecuencia, el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación comercial y no exclusivamente a una de ellas. Por lo menos a esa conclusión se llega agotando el principio de igualdad constitucional (art. 13 Constitucional) y de la lectura de la relación normativa específica de la Ley 80 de 1993, específicamente artículos 4 num. 3 y 8, al igual que el 27, de donde se deduce que en razón de la reciprocidad, el equilibrio en cuestión tiene una doble dirección indiscutible, correspondiéndoles el derecho, por lo tanto, a cada una de las partes, de obtener el restablecimiento cuando haya lugar al mismo.

Sobre esta base normativa, le nacen derechos a la administración para reclamar en caso de ruptura frente al contratista. Se destaca en el artículo 4 num. 3 de la Ley 80 de 1993 que es un derecho y un deber ineludible de la administración, en cuanto parte contractual, solicitar la actualización o la

revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, lo cual denota que el equilibrio y su mantenimiento no es un fenómeno que atañe de manera exclusiva al contratista, sino que implica una visión de contexto de la relación negocial.

En tratándose de los contratistas, el fenómeno es similar, el artículo 5 num. 1 de la Ley 80 de 1993 les reconoce similar derecho al de las entidades estatales en esta materia, es decir, lo tienen para reclamar el restablecimiento de las condiciones económicas derivadas de las propuestas aceptadas y de lo concretamente pactado en los contratos celebrados. Esta situación de la procedencia en ambos sentido del negocio del equilibrio del contrato estatal ha sido ampliamente reconocida por el Consejo de Estado⁹⁷¹.

Es propio por lo tanto del contrato del Estado el derecho de las partes al mantenimiento y restablecimiento del equilibrio financiero y económico de los contratos celebrados, marcando en esto clara diferencias con el contrato propio del derecho privado en donde escasamente se acepta aproximaciones sustanciales al concepto de la imprevisión, rigiéndose en estricto por conceptos

⁹⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de octubre de 2007 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ). “[...] Al respecto cabe puntualizar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que en modo alguno podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista. Pero posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución, a la entidad estatal contratante y no solo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato "c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes"; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 40 de la misma Ley 90, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho que tienen, en igual medida, las dos partes de la relación contractual [...]”

rígidos derivados de la vieja cláusula “*Rebus sic stantibus*”⁹⁷². En la contratación estatal las bases objetivas originarias del contrato, se reconoce por ley pueden variar por diversas causas o imputables a las partes o a la incertidumbre e incluso al mismo Estado generando en consecuencia mecanismos tendientes a evitar males mayores o perjuicios económicos a las partes involucradas.

Si las condiciones iniciales del contrato (al momento de proponer o contratar) se mantienen inalteradas durante la ejecución del contrato, las condiciones económicas pactadas igualmente se mantendrán, pero si se modifican de modo que se altere la economía del contrato, incluso por hechos no imputables a las partes, se impone la obligación de recuperar las condiciones económicas a un nivel semejante al existente al momento del negocio. En materia de contratación pública de conformidad con las normas de intervención económica explicadas a lo largo del presente trabajo, los contratantes se obligan teniendo en cuenta las condiciones reales al momento del contrato, considerándose que si ellas cambian, en detrimento de alguna de las partes del negocio, se crea una situación económica que amerita reparos indudables.

En este sentido, el contrato del Estado se estructura siempre sobre la base de garantizar, por disponerlo la ley interventora y de orden público 80 de 1993, el contenido económico de la propuesta debidamente aprobada o de lo acordado en el contrato⁹⁷³.

Este planteamiento doctrinal, sigue de cerca los trabajos reiterados del Consejo de estado sobre la materia. Jurisprudencia sostenida de la cual se concluye

⁹⁷² CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ. *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 31 y 32. “[...] Bajo la formulación *contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* se admite la existencia de una cláusula implícita en los contratos de tracto sucesivo que obliga a su cumplimiento siempre que se mantengan las mismas circunstancias existentes en el momento de su establecimiento. La doctrina se configuraba sobre una base subjetiva, mediante la ficción de presuponer la existencia de la cláusula sobreentendida.”

⁹⁷³ Cfr. laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión, 26 de noviembre de 2001. “[...] Reconociendo la retribución de los costos y la existencia del margen de remuneración que implica la ejecución del contrato, conservando el valor intrínseco de las contraprestaciones, de manera de asegurar la retribución remuneratoria prevista por el contratista, particular colaborador de la administración [...]”

que el equilibrio económico del contrato del estado en nuestro medio no es más que el producto de una necesidad económica derivada de imperativos definidos por vía de intervención estatal⁹⁷⁴.

Ahora bien, de la misma redacción la doctrina ha venido deduciendo una serie de causas antijurídicas posibles que pueden llevar a la ruptura dependiendo del causante, estableciendo que la misma puede suceder con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado y, adicionalmente, retomando las viejas construcciones del derecho civil, admite causas ajenas a los sujetos contractuales, determinando que también puede darse por factores exógenos a las partes del negocio jurídico, esto reviviendo para nuestro derecho público la teoría de la imprevisión, pero como una clara regla de excepción, en cuanto lo

⁹⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 9 de mayo de 1996. Exp 10.151. “[...] Tema de indispensable pronunciamiento en el caso examinado es el concerniente al principio del equilibrio o ecuación financiera o económica del contrato, cuya preservación a través de la ejecución de aquél, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario ha sido criterio prevalente, inclusive sin que normativa o estatutariamente se hubiere consagrado. Sabido es que desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista: la obtención de un provecho económico. Se establece entonces la regulación económica del negocio y a través de la misma se orienta la relación contractual. El concepto analizado reviste especial importancia en aquellas relaciones contractuales conmutativas y de ejecución a mediano o largo plazo, en razón a que cualquier variación que se presente en la economía del contrato necesariamente incide en el equilibrio financiero del mismo [...]”

Laudo arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, 24 de agosto de 2001. La justicia arbitral se ha pronunciado en igual sentido al señalar que “[...] El equilibrio económico del contrato administrativo, como imperativo regente del contrato público, encontró expresa consagración legal en el Decreto Ley 222 de 1983 y en la Ley 19 de 1982 –ley de facultades para su expedición–, estatutos en los que la voluntad legislativa se concretó en la consagración de fórmulas o reglas de obligatoria observancia que procuraran mantener indemne al contratista ante el ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado, o la ocurrencia de circunstancias imprevistas que imponían, o bien la concertación de precios nuevos para actividades o ítems no previstos inicialmente, o bien la revisión de la remuneración pactada, cuando ella resultara afectada de manera sobreviniente por hechos cuyos efectos no fueron sopesados –ni debieron serlo– por las partes al celebrar el contrato, todo dentro de la finalidad concreta que desde antaño el mismo legislador atribuyó a la contratación pública: la realización de los fines del Estado y la consiguiente preservación del patrimonio del particular que se vea expuesto en tal propósito, principio este último de origen constitucional. Desde entonces, se concibió lo que aun se conoce como la “ecuación financiera de los contratos de la administración. Ecuación financiera. La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe y no exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no puede significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés la ecuación financiera del contrato [...]”.

dominante en nuestra legislación, tal como se explicó es la previsión en la estructuración de los negocios públicos. Procedería igualmente cuando se presenten causas que alteren la economía del contrato por variaciones de precios.

2. CAUSAS IMPUTABLES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTRATANTE POR INCUMPLIMIENTO

Se configura esta hipótesis en los casos en que la administración no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en clara violación a la bilateralidad de la relación que afectan el equilibrio correspondiente o efectúa exigencias no contenidas en el contrato, igualmente cuando no satisface plenamente el régimen de obligaciones y cargas contingentes que le fueron debidamente asignadas, o incluso, en razón de la deficiente o nula planeación. En fin, no existe una lista oficial o legal de causas imputables a la administración para configurar situaciones negativas al equilibrio económico del contrato.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado de manera genérica que el contrato, como negocio jurídico fruto de la autonomía de la voluntad, se rige por la máxima consagrada en el célebre adagio latino “*lex contractus, pacta sunt servanda*” cuya consagración positiva reposa en el artículo 1602 del Código Civil. Lo anterior se encuentra íntimamente ligado con lo prescrito por el artículo 1603 del mismo cuerpo normativo, lo cual impone que los contratos deben ejecutarse de buena fe conforme a los principios de rectitud y lealtad que dicha máxima metajurídica entraña. De una juiciosa lectura del artículo 90 Constitucional a través de la óptica el *corpus iuris* conformado por el derecho común al cual remiten expresamente los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, se desprende que la entidad contratante puede comprometer su responsabilidad contractual frente a su cocontratante cuando quiera que se verifique una *falta* atribuible al incumplimiento de las obligaciones a su cargo, conducta que debe ser analizada a la luz de lo previsto por el derecho común

debidamente armonizado con los principios propios del derecho administrativo y con prevalencia del interés general⁹⁷⁵.

De todas formas, a lo largo del análisis jurisprudencial se observa la estructuración de algunas hipótesis que nos permitimos clasificar así:

2.1. Incumplimiento del deber de estructuración plena del negocio. Deficiente o nula planeación del mismo

Esta hipótesis resulta de la mayor trascendencia para efectos del trabajo, se configura cuando la administración estructura de manera deficiente el negocio correspondiente, de manera tal, que al momento de su ejecución y como consecuencia de esas profundas deficiencias se induce al contratista en situaciones de ruptura irremediable del equilibrio económico del contrato. Se trata de una hipótesis en la cual la administración no con cumple cabalmente con sus obligaciones estructuradoras plenas del negocio, colocándose en posición de determinante de la ruptura del equilibrio económico.

Procede estas hipótesis en los casos en que el contratista demuestre fielmente de que le fue imposible al momento de analizar los estudios previos y los pliegos del negocio, detectar esta situación, la cual solo surgió como consecuencia de la ejecución. Que las deficiencias eran de tal magnitud y características que no obstante su conocimiento normal y ordinario en los asuntos técnico, económicos, financieros, jurídicos, etc. involucrados en el negocio, le fue imposible advertir, la deficiencia o el error, o la indebida estructuración, la cual solo floreció y vio la luz del día a propósito exclusivo de su ejecución.

Bajo este contexto la imputabilidad y responsabilidad del caso deben ser asumidas por la administración quien podrá repetir de frente a los consultores, banca de estructuración, en fin contra todos los sujetos que fueron

⁹⁷⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de julio de 2009, exp. 17.552.

determinantes en la concepción misma del negocio fracasado o productor de la falla financiera en su ejecución.

2.1.1. La concurrencia de culpas en la estructuración de los aspectos técnicos, económicos y financieros del contrato estatal

En tratándose de fallas, deficiencias, problemas, en fin anomalías relativas a una deficiente, precaria, superficial, o mediocre planeación del negocio en cualquiera de sus aspectos, o en todos ellos, y como consecuencia de los mismos se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato, y bajo la consideración, de que dadas las especiales características del contratante, esto es sujeto conocedor de la temática del negocio, curtido proponente y ejecutor de múltiples proyectos, profesor, experto, consultor, etc., en fin tratándose de un *Intuitus personae* en la materia, que no advierte oportunamente de las mismas, las calla, o las advierte y no obstante esto y su experiencia y conocimiento, contrata, debe asumir conjuntamente con la administración las consecuencias de su actuación omisiva de conformidad con la gradación que el juez haga de conformidad con lo probado.

La jurisprudencia se ha referido en muy pocas ocasiones a la concurrencia de culpas entre la entidad y su cocontratante dentro del ámbito de la responsabilidad precontractual o "*in contrahendo*" del Estado. Tan es así que en las más de las veces, la jurisprudencia solo ha realizado pronunciamientos marginales ligados al enriquecimiento sin justa causa por hechos cumplidos por los particulares a favor del Estado.

En un primer momento, el Consejo de Estado expresó que las situaciones de hecho que anteceden la celebración de un contrato se rigen en su integridad por la confianza debida entre las partes emanada de su conducta durante las tratativas, como clara manifestación de la buena fe en cuanto principio general del derecho. Así pues, concluye de la mano de Larenz, que al derecho no le queda otra alternativa que proteger ese "poder confiar" como condición

esencial de cooperación y de la paz jurídica⁹⁷⁶. Esta posición fue reiterada posteriormente al señalar que la buena fe le impone a los futuros contratistas una especial carga de diligencia que impone la correcta y eficaz estructuración del contrato con miras a que éste logre satisfacer con éxito la el motivo que llevó a su celebración, pues es en esa fase donde se deben valorar todas las vicisitudes que puedan afectar la normal ejecución de las prestaciones que serán estipuladas en el futuro contrato⁹⁷⁷.

Profundizando en la buena fe que debe regir las tratativas, ha dicho el Consejo de Estado que durante esa fase existen una serie de obligaciones recíprocas entre los futuros contratantes que, de ser incumplidas, tendrán la virtud de

⁹⁷⁶ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de septiembre de 1992, exp. 6.822. “[...] Dentro del marco descrito, el profesor Karl Larenz, al tratar la materia, enseña: ‘El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque *poder confiar*, como, hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral tiene que ponerse a sí mismo porque la *desaparición de la confianza*, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras...’ (*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, pág. 90 y ss.) (subrayas de la Sala)”.

⁹⁷⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de enero de 1998, exp. 11.099. “[...] En últimas, se trata simplemente de dar aplicación a la cláusula general de buena fe, mediante la valoración del comportamiento de las partes, que estando concorde con los postulados de la confianza, se encuentra protegida en el precepto constitucional citado y que en el caso concreto aparece debidamente acreditada, a juzgar por los antecedentes que trajeron de consecuencia que la entidad demandante prestara un servicio en beneficio de la parte demandada [...] ‘a. *Deben incluirse los ‘tratos preliminares’* Estos hacen parte esencial del ‘*iter contractus*’, que merecen la misma protección que la oferta si se tiene en cuenta que se trata de garantizar la seriedad y la diligencia precontractuales para conducir desde un comienzo las relaciones recíprocas a la correcta y eficaz celebración del negocio; es de la naturaleza humana exigir la real reciprocidad en los tratos que se han estimulado hacía un fin útil, y es conveniente para el ritmo económico general que se proteja la seriedad y diligencia en las relaciones comerciales en cualquier etapa; se trata de un proceso de conductas que se integran recíprocamente para formar un contrato, debiendo ser protegidas todas por igual’ [...] Y es tan importante ese período precontractual, que es precisamente allí donde las partes deben declarar las limitaciones que pueden tener respecto a su capacidad, los defectos esenciales del objeto y las dificultades en la estructura jurídico-económica del negocio intentado, factores cuyo conocimiento puede conducir a la negativa negocial o a la celebración del contrato en diferentes condiciones (principios de la lealtad y de la buena fe que se consagran respecto de los vicios reheditorios en el numeral 2° del artículo 1915). Dejar avanzar el proceso de los tratos preliminares con reservas de aquellas circunstancias (‘reticencia’), determina una posición culposa del respectivo tratador que lo hace responsable del error sufrido por el otro y de los perjuicios que le sean causados (*Negocios civiles y comerciales*, tomo II, El contrato, Escobar Sanín, Gabriel, primera edición 1994, Biblioteca Jurídica Diké).”

comprometer la responsabilidad del sujeto que omitió los deberes de corrección, diligencia y lealtad.

Un claro ejemplo de lo anterior se presenta con los eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones que gravitan sobre la entidad contratante durante la etapa de formación del contrato estatal, en cuyo caso habrá lugar a la plena indemnización de perjuicios siempre que acredite el daño sufrido y su imputación al Estado. Sin embargo, hay ciertos eventos en los cuales la culpa de la entidad contratante puede concurrir con la del contratista respecto de la omisión negligente de los requisitos que la ley señala como de obligatorio cumplimiento al momento del diseño y estructuración del futuro contrato⁹⁷⁸.

En pronunciamiento reciente, el Consejo de Estado reiteró el valor jurídico que cobra la buena fe durante la fase precontractual como escenario predilecto para la evaluación total de todos los eventos que puedan incidir de manera nociva en la ejecución del contrato y en la confección del contenido contractual para contrarrestar tales efectos de presentarse. Sin embargo, de presentarse una falta o culpa de alguna de las partes durante esa primera fase del iter contractual que tenga y que se proyecte de manera nociva en la posterior

⁹⁷⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 14.669. “[...] Como sustento de su postura, ha dicho que durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, quede incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el iter negocial y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio [...] También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando *a pesar de que el contrato no es ejecutable* por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, *el particular ejecuta prestaciones* con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas [...] La Sala considera que la situación analizada se enmarca en un típico evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento de la entidad y del contratista, de la obligación legal de abstenerse de ejecutar obligaciones sin el lleno de los requisitos correspondientes. Advierte también que la actitud del contratista contribuyó eficazmente en la producción del daño, razón por la cual la indemnización de los perjuicios por cuya reparación se demandó, debe reducirse en consideración al grado de participación del particular [...] Y frente a la concurrencia de acciones, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, lo que procede es una indemnización proporcional al grado de participación de la víctima en la producción del daño, que para este caso la Sala estima en un 50%”.

ejecución del contrato celebrado, corresponderá al juez valorar dicha conducta de acuerdo con los principios de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad dentro del marco axiológico e ideológico que entraña nuestro Estado social y democrático de derecho⁹⁷⁹.

2.2. Incumplimiento de obligaciones debidamente pactadas

Con ocasión de un contrato de interventoría celebrado entre el Municipio de Arauca y la Sociedad Consultores Civiles e Hidráulicos Ltda. y cuya liquidación se hizo de común acuerdo por las partes contratantes sin salvedad alguna, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el evento de incumplimiento por parte de la administración de obligaciones debidamente pactadas como un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato no atribuible al cocontratante, frente a lo cual señaló que, de acuerdo con los principios generales de la contratación estatal, éste tenía derecho a la actualización de la suma adeudada de acuerdo con el IPC y al pago de los intereses moratorios causados desde el momento en que se verificó el incumplimiento de la entidad⁹⁸⁰. Así mismo, se ha reiterado que el incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato por parte de la entidad contratante tiene la virtud de comprometer el equilibrio financiero del contrato en perjuicio del contratista⁹⁸¹.

⁹⁷⁹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de julio de 2009, exp. 35.026. “[...] Con especial sindéresis, la doctrina ha desarrollado la relación existente entre la doctrina de las expectativas razonables y la buena fe, en los siguientes términos: ‘...El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas’. Esto se proyecta en diversos aspectos: en primer lugar, obliga a los (potenciales) contratantes a adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa de constitución de tales relaciones (diligencia in contrahendo); en segundo término, les obliga igualmente a un comportamiento legal en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Ballesteros Garrido, José Antonio. Ob. cit. pág. 246)... No obstante lo anterior, la Sala debe precisar que, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad–, si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio–, de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual [...]”.

⁹⁸⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 14 febrero de 2002, exp. 13.238.

⁹⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 9 de mayo de 1996, exp 10.151. “[...] Ahora bien, ese equilibrio financiero puede resultar afectado por varias causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante,

2.3. Demoras en la ejecución del objeto del contrato

Las demoras en la ejecución del objeto contractual tienen la virtud de romper el equilibrio económico del contrato en perjuicio del cocontratante siempre que la causa eficiente del incumplimiento le sea imputable a la administración.

En efecto, así lo sostuvo el Consejo de Estado en un litigio entre Isolux S. A. y Corelca que tuvo origen en la suscripción de una serie de contratos adicionales motivados por la imposibilidad de nacionalizar los equipos necesarios para la obra dada la carencia presupuestal de Corelca para pagar los impuestos respectivos, aunado a la irregularidad en la que incurrió la entidad al ofertar la construcción de unas subestaciones de energía eléctrica en sitios no disponibles para ello por estar una infraestructura de este tipo ya construida. Como consecuencia de lo anterior, la Sala encontró que la entidad demandada incurrió en un incumplimiento parcial de las obligaciones a su cargo por el pago tardío de unas facturas y por la modificación del objeto y plazo del contrato, lo cual irrogó al contratista unos perjuicios consistentes en la repercusión negativa en los costos directos e indirectos, en la demora de obtención beneficios en divisas, en la mora de los pagos en moneda local y en la compensación por insuficiencia de la fórmula de reajuste de obra civil e interés técnico y en la fórmula de reajuste del suministro FOB, por lo cual se condenó al pago del daño emergente y el lucro cesante causado⁹⁸².

2.4. Demoras en el pago de anticipos

El Consejo de Estado ha señalado que el silencio de las partes sobre el término para el pago del anticipo al cocontratante debe ser suplido por el término prudencial de un mes previsto por el artículo 885 del Código de Comercio, cuyo vencimiento deviene en la mora de la entidad contratante. Así pues, una vez el contratista le presenta a la cuenta de cobro del anticipo nace

como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato [...].”

⁹⁸² Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 14 febrero de 2002, exp. 12.924.

para la administración la obligación de efectuar el pago lo más rápido posible dentro del término estipulado, y en su defecto en el término prudencial de un mes, pues es el Estado el primer interesado en la oportuna ejecución del contrato so pena de incurrir en mora.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado frente a un caso en el cual la entidad contratante incumplió con su obligación de entregar al contratista el anticipo pactado dentro del término supletivo previsto por el Código de Comercio causando con ello la ruptura del equilibrio económico del contrato⁹⁸³.

2.5. Consecuencias del no pago oportuno del valor de las obras o servicios contratado

La jurisprudencia ha sido unánime en afirmar que la principal obligación a cargo de la administración es la de pagarle oportunamente al contratista por las obras ejecutadas o por los servicios prestado. Por ello es que su incumplimiento deviene en la ruptura del equilibrio económico del contrato y entraña, por tanto, el reconocimiento de los perjuicios moratorios causados, los cuales se presumen y se satisfacen mediante el pago de intereses moratorios⁹⁸⁴ por tratarse de una suma líquida de dinero de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, el cobro de intereses y la corrección monetaria no son otra cosa que mecanismos previstos por la ley para hacer frente al fenómeno económico

⁹⁸³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 22 febrero de 2001, exp: 13.682. “De otra parte, la Sala advierte que el hecho fundamental que incidió en la causación de los perjuicios materiales que reclama el demandante fue la demora de la administración en la entrega del anticipo, la cual al indemnizarse como se definió en el numeral 2 de la parte motiva de esta sentencia, restablece el desequilibrio de las cargas prestacionales del contrato.”

⁹⁸⁴ MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, tomo III-A, 4.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot (s. f.), p. 455. “Si la administración pública no pagará en término el ‘precio’ que le corresponda al cocontratante, aquella deberá abonar ‘intereses’ moratorios sobre la suma respectiva, siempre que ella estuviere en ‘mora’. La ‘mora’ de referencia puede resultar de varios supuestos o circunstancias: 1° cuando mediare requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor; 2° cuando las normas legales o contractuales establezcan expresamente una mora automática; 3° cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que debía cumplírsela, fue un motivo determinante por parte del acreedor (*mora ex re*).”

de la depreciación monetaria, lo cual se traduce en un mecanismo idóneo para lograr el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando quiera que éste tenga origen en un daño antijurídico imputable a la administración en los términos del artículo 90 Constitucional⁹⁸⁵.

Sin embargo este aspecto no siempre ha sido pacífico, fue largo el camino que tuvo que recorrer la jurisprudencia contencioso administrativa para arribar a esta conclusión en la medida que antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 no era habitual que se definiera convencionalmente la suerte del contrato frente a un eventual incumplimiento de la administración, al igual que la existencia de un criterio unánime sobre la tasa que debía pactarse, y en su defecto, si se aplicaba la tasa máxima legal consagrada en el Código Civil o la comercial de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio.

Con todo, el criterio que hoy impera es que resulta viable que las partes de un contrato estatal estipulen un interés moratorio superior o inferior al 12% anual, así como que se pacte una tasa igual o inferior al interés bancario corriente y como interés de mora el doble de éste, mientras se ajusten a las previsiones comerciales y penales. Con base en ello la jurisprudencia ha sostenido que las pretensiones de corrección monetaria y la de pago de intereses de acuerdo con la tasa comercial son mutuamente excluyentes, pues la tasa comercial lleva ínsita la corrección monetaria, fenómeno este que no ocurre cuando únicamente hay lugar al pago del interés legal civil del 6%, en cuyo caso si habrá lugar a la corrección monetaria⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 965 de 2003. “[...] En el campo de la responsabilidad contractual, aclaró la Corte, la obligación estatal de pagar intereses de mora es a su vez consecuencia del carácter sinalagmático de las prestaciones recíprocas del contrato y de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, representado en el daño antijurídico que sufre el contratista al no poder disponer a tiempo de los recursos que ha adquirido con justo título. Ello justifica que la mora se reconozca como un derecho irrenunciable del contratista particular afectado con el incumplimiento estatal; derecho que goza a su vez de una clara y evidente protección constitucional, como se dijo, sustentada en los principios de igualdad, equidad, justicia conmutativa, buena fe, garantía del patrimonio privado y responsabilidad. En este contexto, según la jurisprudencia, cualquier previsión normativa que busque desconocer la obligación del Estado de pagar intereses de mora, resulta contraria a la Carta Política y debe ser de retirada del ordenamiento jurídico.”

⁹⁸⁶ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10.779; sentencia del 17 mayo de 2001, exp: 13.635 y sentencia del 28 de octubre de 1994, exp. 8.092. “Pagar una suma actualizada –lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala– no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al

3. CAUSAS IMPUTABLES AL ESTADO: EL HECHO DEL PRÍNCIPE

El hecho del príncipe o *fait du prince* es, por antonomasia, un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato en desmedro del contratista a causa de un hecho imputable a la administración contratante, cuando quiera que a causa de éste la economía del contrato se desquicie por completo⁹⁸⁷, de tal modo que represente una pérdida significativa el contratista la ejecución de las obligaciones a su cargo, y no cualquier sacrificio, toda vez que por medio de esta institución no se busca asegurar al cocontratante frente todo tipo de alea o contingencia que circunde las prestaciones de la relación comercial, particularmente en aquellos contratos cuya ejecución tiende a prolongarse en el tiempo⁹⁸⁸.

acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente al que tenía la suma que se quiere actualizar. En otros términos, como lo dice Zannoni, '*la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor, que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario, en signo monetario envilecido*' (*Revaluación de obligaciones dinerarias*, E. Zannoni, Astrea, 1977). Tan cierto es esto que *no se acumula nunca esa compensación con los intereses comerciales, porque en éstos su incremento busca así mismo compensar, en parte, la incidencia del proceso inflacionario* (Zannoni, 131). (Se subraya)."

⁹⁸⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 30 de octubre de 2003, exp. 17.213.

⁹⁸⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003. "[...] Lo anteriormente referenciado significa que la Administración o en su defecto el contratista tienen el derecho a que se les restablezca el equilibrio económico del contrato, cuando real y gravemente resulte afectada la conmutatividad de las prestaciones surgidas al momento de contratar, habida cuenta que éstas deberán preservarse a lo largo de la ejecución y existencia del contrato, hasta tanto el mismo no hubiese sido liquidado a instancias de la Administración, o por concurso de las partes o, bien por intervención del juez; en este aspecto cabe resaltar que las partes del contrato refunden sus voluntades guiados por los principios de la buena fe, *pacta sunt servanda* y el de equidad, de modo que su conducta contractual debe orientarse con apego a estos postulados, los cuales tienen como particularidad que ata a las partes no solo con las estipulaciones que hubiesen pactado, sino con todo aquello inherente y sustancial al contrato, como por ejemplo la obligación de restablecer el equilibrio financiero del mismo cuando se estructuran dichos supuestos"; y sentencia del 7 de marzo de 2002, exp. 21.588. "[...] Legal, jurisprudencial y doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de que el contratista pueda pretender la adopción de medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, teniendo en cuenta que existen diversos factores que pueden dar lugar a que "la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas". Esta postura ha sido reiterada en las sentencias de febrero 15 de 1999, exp. 11.194; mayo 3 de 2001, exp. 12.083; junio 21 de 1999, exp. 14.943; julio 13 de 2000, exp. 12.513; marzo 27 de 1992, exp. 6.353; noviembre 25 de 1999, exp. 10.873; agosto 31 de 2000, exp. 18.029, *inter alia*.

La jurisprudencia ha sostenido, en forma reiterada, que por medio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato no se busca que la administración le colabore parcialmente al contratista a soportar el pasivo que comporta la ejecución del objeto contractual. Pues bien, en la medida que la ruptura de la ecuación financiera del contrato deviene a causa de hechos ajenos al propio contratista, la única manera de restablecerle es mediante la asunción por parte de la entidad contratante de los costos necesarios para que su cocontratante no solo obtenga la solvencia financiera para atender la ejecución de la obra o la prestación del servicios, la respectiva indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados y la utilidad esperada de acuerdo con las condiciones en que se celebró el contrato⁹⁸⁹.

De otra parte, el Consejo de Estado ha sido prolijo al señalar que el hecho del príncipe se estructura únicamente cuando la entidad contratante expide un acto general y abstracto que resulta imprevisible al momento de la celebración contrato y cuya vigencia tiene como efecto la incidencia directa o indirecta en la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato. Una vez verificados todos los supuestos ontológicos del hecho del principio, la consecuencia es que la entidad contratante debe indemnizar al cocontratante por todos los perjuicios causado por la ruptura del equilibrio financiero del contrato⁹⁹⁰.

Ahora bien, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se desbordaría el dominio del hecho del príncipe para ingresar al fenómeno del *ius variandi* como clara manifestación de los poderes exorbitantes y excepcionales al derecho común que la ley le confiere a la administración contratante sobre el contratista para tutelar el interés general por medio de la dirección y el control de su actividad⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 9 de mayo de 1996, exp 10.151.

⁹⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 7 de marzo de 2007.

⁹⁹¹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de mayo de 2005, exp. 15.326. “[...] Tampoco se consideró que la nulidad del acto de modificación unilateral del contrato, no es constitutiva del desequilibrio financiero del contrato por el hecho del príncipe, sino de responsabilidad contractual por el ejercicio irregular

4. CAUSAS IMPUTABLES A LA INCERTIDUMBRE: LA IMPREVISIÓN

Dado su carácter de conmutativo y por lo tanto sinalagmático es imposible concebir el contrato del Estado como un contrato sujeto a la suerte o al devenir incierto de lo aleatorio. En esta materia hacemos clara diferencia frontal con las hipótesis negócias propias de los particulares, rechazando cualquier posibilidad de contrato aleatorio en materia de contratación pública. Sobre esta base conceptual, el equilibrio económico del Estado está sujeto a la debida comprensión de la asunción por las partes de los llamados aleas normales u ordinarios derivados de la naturaleza y características de los objetos contratados y del ámbito de obligaciones y riesgos asumidos por las partes, y por otra, de aquellos aleas anormales excepcionales de imposible visualización o confrontación a través de los canales y mecanismos ordinarios del contrato, siendo estos últimos, causa indiscutible de tratamiento a través de las normas preservadoras del equilibrio económico del contrato, de llegar a verse afectada la ecuación equilibrante del negocio respectivo dada su ocurrencia. Estos supuestos son tratados dentro de la "teoría de la imprevisión", retomada en el texto del artículo 5 num. 1 de la Ley 80⁹⁹².

Las razones de su procedencia se pueden resumir en los siguientes términos:

a. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con

de los poderes exorbitantes; aún cuando uno y otro conduzcan a la reparación integral de los daños que pruebe el contratista. La diferencia radica en que, en el primer supuesto, es indispensable desvirtuar la presunción de legalidad de los actos contractuales, en tanto que, en el segundo resulta necesario probar la existencia de un acto general y abstracto imprevisible para las partes, que incidió indirectamente en el contrato, alterando gravemente su ecuación económica; sin que sea necesario probar que era un acto ilegal"; y sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577. "[...] La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe."

⁹⁹² "[...] en consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

posterioridad a la celebración del contrato. b. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. c. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. Al respecto de manera reiterada la justicia arbitral ha sostenido retomando los parámetros establecidos por la justicia contenciosa administrativa lo siguiente:

4.1. Fundamentos de la causal

La justicia arbitral parte de la premisa que, aún cuando la institución del equilibrio financiero del contrato estatal se encuentra concebida para proteger al cocontratante frente a las circunstancias anormales, extraordinarias e imprevisibles que puedan desquiciar la economía del contrato, ésta no abarca o comprende todos los riesgos propios de la vida negocial, ni mucho menos se erige en un mecanismo para asegurar la obtención de una utilidad, o mejor, el retorno de la inversión. Bajo esta óptica, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato atañe únicamente a los eventos anormales y extraordinarios que lo puedan alterar de manera ostensible, por lo que escapa del alea común que entraña la ejecución de cualquier contrato⁹⁹³.

Así mismo, la jurisprudencia arbitral ha señalado en una juiciosa lógica jurídica que la petición de restablecimiento del equilibrio económico del contrato se encuentra supeditada o condicionada a la ausencia de culpa de quien lo solicita⁹⁹⁴.

Aunado a lo anterior, la justicia arbitral ha añadido que la causa de la ruptura debe producirse durante la fase dinámica del contrato y puede provenir del

⁹⁹³ Cfr. laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. vs. Caja de Retiro de la Policía Nacional - Casur).

⁹⁹⁴ Ídem. “[...] En estos eventos que vienen analizándose, la jurisprudencia y la doctrina señalan al peticionario no sólo el deber y diligencia para examinar en la fase preparatoria del contrato los términos de ejecución y las circunstancias que la rodean para actuar, en contraposición, con la responsabilidad de un buen administrador, dentro de su especialidad, pues están descartadas del todo, conductas culposas o indolentes u omisivas por parte del contratista-concesionario. Sobre este particular se ha dicho: ‘La ecuación contractual no está instituida para cohonestar incumplimientos del contrato debidos a culpa del contratista, a su negligencia, desorganización o incapacidad, o de garantizar siempre una ganancia al contratista.’”

hombre o de la naturaleza, ser preexistente o posterior al momento de la celebración del contrato, determinaciones de autoridades públicas y fenómenos económicos nacionales o extranjeros. En lo tocante a la mayor onerosidad en la ejecución de la prestación que trae aparejado la anormalidad e imprevisibilidad del hecho, señala la justicia arbitral que ello responde a lo que excedió los cálculos y consideraciones habituales, conclusión a la que se llega a partir de un examen debe tener como parámetro temporal el momento de la presentación de la oferta o en la celebración del contrato, conforme al criterio de una persona cuidadosa, con mayor rigor si se trata del contratista⁹⁹⁵.

4.2. Las circunstancias que pueden llevar a su configuración

En lo atinente a las circunstancias que pueden llevar a la configuración de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia, la doctrina y la ley han sostenido al unísono que éstas deben ser, en todo caso, exógenas a la actividad de las partes contratantes⁹⁹⁶ para tener la virtud de comprometer el equilibrio financiero del contrato⁹⁹⁷ y el nacimiento de la obligación a cargo de la administración de restablecerlo⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ Cfr. laudo arbitral Caracol Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión, 26 de noviembre de 2001.

⁹⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 9 de mayo de 1996. Exp 10.151.

⁹⁹⁷ Vid. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 11 de marzo de 1972. “[...] en el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general ‘... si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado ... El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respeto del equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.”

⁹⁹⁸ Vid. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencias del 18 de abril de 1989, exp. 5.426; del 26 de marzo de 1992, exp. 6.553; del 12 de marzo de 1992, exp. 6.759; del 19 de septiembre de 1994, exp. 8.182; del 16 de marzo 16 de 1995, exp. 9.863, *inter alia*.

4.3. En cuanto los requisitos que deben confluir para su reconocimiento y aplicación

En lo tocante a los elementos ontológicos de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia ha indicado que ésta se estructura cuando se presentan situaciones extraordinarias, exógenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que tengan como efecto la ruptura de la ecuación financiera del contrato en desmedro del cocontratante.

Ahondando en los requisitos estructurales de la imprevisión, se ha sostenido de forma unánime que el hecho no debe provenir de la entidad contratante, pues en tal caso habrá lugar a la configuración de un hecho del príncipe o de un *ius variandi* dependiendo si la norma o medida tiene carácter general y abstracto o singular y concreto, según sea el caso. Así mismo, se ha dicho que la imprevisibilidad del hecho se erige en *conditio sine qua non* de la aplicación de la teoría de la imprevisión, habida cuenta que si el hecho fue razonablemente previsible por las partes al momento de la celebración del contrato éste será imputable a la negligencia o impericia éstas, en cuyo caso no habrá lugar a que se invoque con el objeto de solicitar compensación alguna⁹⁹⁹.

Conviene recordar a este respecto, que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que la fuerza mayor, como hecho exógeno, imprevisible e irresistible, constituye una causa eximente de responsabilidad por tener la virtud de interrumpir o desvirtuar el nexo causal entre el hecho y la ruptura de la ecuación financiera del contrato y de los perjuicios irrogados al contratista por tal concepto, en cuanto su acaecimiento torna en imposible la ejecución del objeto contractual, evento este que resulta, en todo caso, diferente de los hechos sobre los cuales se edifica la teoría de la imprevisión, donde la ejecución de la prestación a cargo del cocontratante no se torna en

⁹⁹⁹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577.

imposible sino que entraña una mayor onerosidad que acarrea el desequilibrio de la ecuación financiera¹⁰⁰⁰.

La variación de precios ha ocupado la atención de la jurisprudencia en cuanto fenómeno propio de la teoría de la imprevisión, sobre lo cual se ha dicho que la insuficiencia del mecanismo de revisión de precios pactado en los contratos de obra pública para hacer frente a las situaciones previsibles por las partes al momento de la celebración del contrato, no impide que el cocontratante pueda solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el evento que éste resulte comprometido por la inflación de los precios a consecuencia de hechos o circunstancias que excedieron por completo los cálculos y previsiones de las partes, siempre que ello repercuta de manera grave en la economía del contrato lesionando el patrimonio del contratista¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781. “[...] El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado. [...] En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente.”

¹⁰⁰¹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578. “[...] Es claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o celebrar el contrato –que eran imprevisibles– el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico.”

4.4. Posición de la justicia arbitral sobre su procedencia y aplicabilidad en relación con el contrato del Estado. Fuentes normativas en el Código de Comercio

La justicia arbitral encontró el asidero jurídico-positivo de la teoría de la imprevisión en el artículo 868 del Código de Comercio, sobre lo cual señaló que dicho artículo consagra un derecho a favor de las partes de un contrato conmutativo en virtud de cual éstas pueden obtener la revisión del mismo cuando quiera que por causas exógenas e imprevistas se altere el equivalente económico inicialmente pactado haciendo más onerosa la ejecución de las prestaciones a cargo de la parte afectada. Una vez verificado el acaecimiento del hecho que revista las características exigidas por la ley, se engendra a favor del contratista afectado el derecho de solicitar la revisión de la economía del contrato a la parte que sea responsable de su restablecimiento por mandato legal o por estipulación contractual. En caso que las partes fracasasen en el intento de restablecer de consuno el equilibrio económico del contrato, la parte lesionada está habilitada por la ley para solicitarle al juez que lo haga, previa verificación del lleno de los requisitos exigidos por la norma en comento¹⁰⁰².

Así mismo, el tribunal señaló que el artículo 4º de la Ley 8.ª de 1993 consagra como obligación esencial de la entidad contratante adoptar las medidas que sean necesarias para preservar durante toda la fase dinámica del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de presentar las propuestas o de la celebración del contrato en los casos de contratación directa. Así mismo, el Estatuto de la Contratación le impone a la administración adoptar medidas similares para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando quiera que éste se haya alterado por circunstancias extraordinarias e imprevisibles para las partes, todo lo anterior con miras a proteger el derecho que asiste al contratista de recibir la

¹⁰⁰² Laudo arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, 24 de agosto de 2001.

remuneración pactada y a que el valor intrínseco de ésta no se altere o modifique durante la vigencia del contrato¹⁰⁰³.

En este orden de ideas, el tribunal encontró que el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión se hallan ínsitas en el ordenamiento jurídico-positivo colombiano, en cuanto ambas instituciones propenden por hacer frente a los efectos nocivos y adversos que puede irrogar al contratista la ruptura del equilibrio económico del contrato por la variación de los costos previstos al momento de la celebración del contrato.

Del esquema planteado por el tribunal¹⁰⁰⁴, resulta interesante el requisito que condiciona la viabilidad del restablecimiento de la economía del contrato a que el perjuicio alegado sea consecuencia de un “*error de oferta o de impericia contractual*”, pues en este evento mediaría la culpa o negligencia de la parte afectada¹⁰⁰⁵, aspecto sobre el cual profundizaremos a continuación.

5. CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR INCUMPLIMIENTO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS

Se configura esta hipótesis en los casos en que el contratista no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en

¹⁰⁰³ Cfr. ídem.

¹⁰⁰⁴ Ídem. “[...] Para que proceda la aplicación de la “teoría de la imprevisión” como fundamento de la revisión de los términos de un contrato, se requiere: - Que la dificultad en el cumplimiento de la obligación pactada por la parte afectada, derive de la ocurrencia de hechos sobrevinientes al inicio de las labores propias del contrato, esto es, el contrato debe encontrarse en ejecución. - Que los efectos de los hechos lesivos escapen o sean ajenos al control de la parte que lo alega. - Que el perjuicio representado en la mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, sea jurídicamente inevitable para la parte que lo alega, y que el mismo no derive de su ‘imprevisión, negligencia o impericia’. Esto es, el hecho debe ser ajeno a la parte afectada, o dicho de otra forma no debe formar parte del álea normal del contrato, o ‘álea que debe quedar a cargo de la parte contratante, que “razonablemente se puede decir que las partes han debido tener en sus previsiones”, sino que el hecho debe obedecer al concepto de ‘los aleas extraordinarios’, entendidos como ‘los eventos que frustran todos los cálculos que las partes han podido hacer al celebrar el contrato y que exceden los límites extremos que las partes han podido considerar en ese momento, las circunstancias que alteran la economía del contrato’. - Que el perjuicio alegado no surja o se cause en un error de oferta o de impericia contractual, toda vez que en este supuesto sería predicable la ‘culpa’ de la parte afectada y no sería procedente el reconocimiento de beneficio derivado de ella [...]”

¹⁰⁰⁵ Laudo arbitral, Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, cit.

clara violación a la bilateralidad de la relación que afectan el equilibrio correspondiente. Situaciones de esta magnitud, si afectan la economía del contrato en contra de los intereses públicos, darían lugar sin duda, al restablecimiento del equilibrio económico del contrato por parte del contratista a la administración. Sin embargo también podrían dar lugar al ejercicio de facultades excepcionales por parte de ésta y de adoptar a través de las mismas las medidas que la ley permite en relación con la situación económica del contrato.

De tiempo atrás se ha sostenido, sin hesitación alguna, que la causa de todo contrato estatal no puede apuntar en últimas a un fin distinto que a la satisfacción del interés general, para lo cual la Constitución y la ley ha impuesto a la administración pública la obligación de asegurar el cumplimiento de dicha finalidad superior a lo largo de todo el *iter* contractual mediante el ejercicio de sus poderes exorbitantes y excepcionales al derecho común de dirección y control de la actividad de su cocontratante¹⁰⁰⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico-positivo tales poderes de dirección y control¹⁰⁰⁷ de la administración se encuentran concretizados en las cláusulas

¹⁰⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12.342. “[...] En virtud de los mayores intereses que persigue la Administración Pública, le corresponde ejercer poderes de control y dirección de los contratos que celebra, con miras a obtener su efectiva y oportuna ejecución, tomando medidas de corrección, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno mediante la adopción de medidas compulsivas, ejecutando la obra directamente cuando el contratista suspende la misma, etc.”

¹⁰⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639. “[...] De otra parte, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Administración recobra uno de los medios importantes para lograr la correcta ejecución del contrato y sobre todo de imponer los correctivos para encauzarlo en el momento oportuno, apremiando al contratista a culminar el objeto contractual y evitando que el contrato sea incumplido definitivamente y, como consecuencia, se deba producir la declaratoria de caducidad, medida que en la mayoría de los casos conduce a que el contrato celebrado no cumpla su finalidad pública, que es el interés general representado en el beneficio que su ejecución reporta a la comunidad. Cabe resaltar otro aspecto importante en relación con los mandatos contenidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo parágrafo transitorio extendió la facultad de imponer las multas, incluso a aquellos contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando hubieren sido pactadas y por voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. Opera aquí la aplicación de la norma expedida con posterioridad a la celebración del contrato para efecto de la imposición y cobro de las multas siempre que convencionalmente las partes las hubieren previsto, pero además hubieren aceptado la competencia de la entidad estatal contratante para aplicarlas por acto administrativo, fenómeno que ha sido entendido por la doctrina como ‘retrospectividad’ de la norma.”

exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad consagradas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993 y en el inciso 3° del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, cuyo ejercicio por parte de la entidad contratante se encuentra regulado por el artículo 17 de la Ley 1150 citada.

Para el evento concreto de la ruptura del equilibrio económico del contrato a causa de la actividad del contratista, el Consejo de Estado ha resaltado el papel preponderante que juega la cláusula exorbitante de caducidad como la sanción más drástica que la entidad contratante le puede imponer al contratista¹⁰⁰⁸ a causa del incumplimiento de las obligaciones esenciales a su cargo, siempre que ello afecte de manera grave y directa al contrato hasta el punto de hacer nugatorio su cumplimiento, conduciendo de esta manera a la ineludible parálisis del servicio público, que no debe mediar incumplimiento alguno por parte de la entidad contratante ni que ésta haya colocado al contratista en la situación de incumplimiento y que se haya agotado a cabalidad el debido proceso por medio del derecho de audiencia y de defensa¹⁰⁰⁹.

Declara en debida forma la caducidad del contrato, ésta fungirá como la declaratoria del siniestro a fin de hacer efectivas las garantías que se hubieren constituido, el contratista no tendrá derecho a indemnización alguna y se hará acreedor a las inhabilidades e incompatibilidades que señala la ley. Así mismo,

¹⁰⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12.342. “[...] En virtud de los mayores intereses que persigue la Administración Pública, le corresponde ejercer poderes de control y dirección de los contratos que celebra, con miras a obtener su efectiva y oportuna ejecución, tomando medidas de corrección, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno mediante la adopción de medidas compulsivas, ejecutando la obra directamente cuando el contratista suspende la misma, etc.”

¹⁰⁰⁹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031. “[...] Así las cosas, que el ejercicio del poder exorbitante de declarar la caducidad de un contrato se traduzca en una sanción para el infractor del mismo, es un efecto que se desprende de él, pero que no muta la finalidad perseguida a través de la misma; vale decir, la caducidad como terminación unilateral de un contrato ante la infracción de las prestaciones a las que está obligado el contratista, si bien conlleva una sanción para él, la más drástica en sede administrativa, no es el fin mismo de la institución, sino el medio y el efecto propio que se deriva de su imposición para garantizar el interés público de que se ejecuten debidamente sus prestaciones, objetivo para el cual está consagrada.”

se podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria de haberse pactado en el contrato¹⁰¹⁰.

6. EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO

La ruptura llama al restablecimiento inmediato a quien le corresponda responder¹⁰¹¹. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

El propósito de lo anterior es que se recupere el valor intrínseco de la economía del contrato al momento de proponer o de contratar, así como mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras *existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa*. Para ello, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

¹⁰¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencias de 11 de mayo de 1999, exp. 10196 y de 13 de septiembre de 2002, exp. 10.264. “[...] Los poderes exorbitantes otorgados a la administración dentro del contrato tienen la finalidad de garantizar una prestación en forma adecuada del servicio público, lo cual la dispensa de probar el daño que le causa o puede causar la inejecución del contratista y es a éste a quien corresponde acreditar que con su retardo no ha causado ningún perjuicio a la administración. No es otro el sentido que tiene el pacto de la cláusula penal, ya que la parte que la reclama no tiene que justificar la existencia de un perjuicio.”

¹⁰¹¹ SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Universidad de los Andes, junio de 2000, pp. 63 y ss.

6.1. Imputabilidad de las cargas relativas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato

El artículo 27 citado en su inciso primero parte de la premisa básica para la determinación de la imputabilidad de la carga de restablecimiento en caso de ruptura la debe asumir la parte que no dio lugar a ella, es decir, se parte del supuesto de que existe un juicio de responsabilidad en el desarrollo del contrato que llama a la parte que actuó de manera antijurídica ocasionando lesiones o daños a la otra a restablecer el equilibrio roto con ocasión de sus actuaciones u omisiones¹⁰¹².

Cuando la parte causante es la administración pública contratante, es decir, el Estado mismo, la responsabilidad tiene como fundamento el artículo 90 constitucional, tal como se desprende los trabajos jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional. Precisamente esta alta corporación al analizar el tema de la responsabilidad contractual de las entidades públicas ha expresado que el aludido artículo 90 no consagra únicamente una cláusula genérica de responsabilidad extracontractual del Estado, sino que también entraña una garantía tendiente a mantener la equivalencia económica del contrato y la integridad del patrimonio del cocontratante de la administración¹⁰¹³.

En igual sentido se ha pronunciado la justicia arbitral al explicar que la institución legal del equilibrio económico de los contratos estatales tiene su asidero constitucional en el mismo artículo 90, pues los perjuicios causados al

¹⁰¹² Es clara la disposición al establecer que “[...] Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento [...]”; esto es, responde el causante.

¹⁰¹³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 de 2001. “[...] En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal - contractual, precontractual y extracontractual [...]”

patrimonio del contratista por su ruptura a causa de hechos imputables al Estado quedan comprendidos en la noción de “daño antijurídico”¹⁰¹⁴.

Dicho lo anterior en otras palabras, el Estado será responsable de los daños irrogados al patrimonio de su cocontratante como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato por hechos que le sean imputables a título de hecho del príncipe o de teoría de la imprevisión, siempre que él no tenga el deber jurídico de soportarlos en virtud de la ley o del contrato.

Como se desprende de toda la jurisprudencia expuesta, la atribución pura y simple del hecho causante de la ruptura del equilibrio económico del contrato a alguna de las dos partes no ha ofrecido mayor dificultad, lo cual resulta en cierto modo consecuente con el modelo individualista que predomina en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, los valores y principios que inspiran nuestro Estado social y democrático de derecho imponen una nueva comprensión y estructuración del modelo concesional, lo cual, aplicado a la atribución de culpas en el ámbito de la responsabilidad contractual frente a la ruptura del equilibrio económico del contrato, se traduce en la posibilidad que la culpa o falta de la administración y de su cocontratante concurren¹⁰¹⁵ en la estructuración técnica, económica y financiera de la concesión, cuando quiera que a causa de dicha culpa o falta compartida se desquicie la economía del contrato, en cuyo caso el contratista deberá soportar la reducción de la indemnización de acuerdo con su grado de participación culposo.

¹⁰¹⁴ Cfr. laudo arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, cit. “[...] Definido el daño reparable en materia contractual pública, entra el tribunal a analizar si el alegado por la convocante, cuya reparación solicita a este tribunal, primero efectivamente existe, para luego determinar si ocurrido éste participa del concepto de antijuridicidad, presupuesto básico para que el juez pueda ordenar su reparación por el Estado. De esta manera resulta claro para el tribunal: a) Que la responsabilidad contractual de la administración sólo es predicable frente a los daños antijurídicos derivados de su acción u omisión. b) Que la existencia del ‘daño antijurídico’ reparable, en los términos del constituyente presupone que aquél que lo padece no está en el deber constitucional, legal, contractual o extracontractual de soportarlo. c) Que por lo mismo, el contratista del Estado que alegue el padecimiento de un daño o perjuicio derivado de la celebración, ejecución o terminación de un contrato estatal y pretenda su reparación, ha de probar primero la realización del daño o perjuicio y la ausencia de la obligación surgida de la ley o del contrato de preverlo o asumirlo.”

¹⁰¹⁵ El artículo 2357 del Código Civil dispone que “la apreciación del daño estará sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

Lo anterior es reforzado por el carácter *intuitu personae* del contrato estatal previsto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en el sentido que el cocontratante es elegido en atención a una serie de condiciones objetivas que acreditó dentro del proceso de selección como por ejemplo su experiencia, sus hábitos de cumplimiento, su organización y sus equipos¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁶ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 7 de febrero de 2002, exp. 21.854.

A MODO DE EPÍLOGO DE LA INVESTIGACIÓN

Aportes a la resolución de los interrogantes que orientaron la hipótesis de trabajo.

El contexto de la problemática jurídica que rodea la prestación de servicios públicos por parte de las autoridades administrativas depositarias de las titularidades estatales en la materia nos ha llevado a tener como punto de partida inevitable y, por lo tanto, objeto material de la investigación propuesta, la de ofrecer en la medida de lo posible, una respuesta oportuna y adecuada a una serie de interrogantes, que tocan las fibras más delicadas del sistema constitucional de derecho vinculado a las cláusulas del Estado social y democrático y a sus relaciones con principios vitales, como los de la libertad económica, reconducidos al ámbito sustancial de la figura concesional. En este sentido, la investigación se ha orientado sobre la base de los siguientes cuestionamientos:

1.- ¿Qué es lo que mantiene viva la idea concesional en un mundo en el cual la privatización y la liberalización han alcanzado niveles insospechados?

El estudio no parte de esa premisa para la formulación de sus recomendaciones. El estudio que en esencia es estrictamente jurídico, toma como supuesto verificable el de la existencia de múltiples casos e hipótesis de titularidad pública inexplorados por la dinámica neoliberal, espacios nutridos de claras titularidades públicas que constitucionalmente el Estado puede desarrollar de manera directa o indirecta, esto es, en las últimas hipótesis acudiendo a la figura concesional entre otras.

Bajo esta lógica y a partir de un estudio sistemático de los artículos 365 Constitucional, 32 num. 4 de la Ley 80 de 1993 y 30 y siguientes de la Ley 105 de 1993, se tiene que continúan siendo de titularidad estatal y, por lo tanto, son de su libre disposición para su ejecución por los órganos públicos administrativos, las actividades relativas a obras públicas, infraestructura y los

servicios públicos no liberalizados o privatizados; determinando el Estado autónoma y discrecionalmente, de ser el caso, no asumir directamente su explotación económica, la prestación del servicio, o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia. El particular obtiene por esta vía autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público, pudiendo ser titular incluso de manera excepcional de funciones públicas administrativas para estos efectos, en los términos de la ley.

Así las cosas y de conformidad con el artículo 32 num. 4 de la Ley 80 de 1993, son de titularidad estatal por adscripción legal las actividades relativas a la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, no liberalizado o privatizado, al igual que 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. En Colombia, son en consecuencia de titularidad estatal, los objetos que tradicionalmente la doctrina identificaba como propios y naturales a los denominados contratos de concesión de obra y contrato de concesión de servicios públicos.

A lo anterior habría que agregar, según las explicaciones ofrecidas en la primera parte del presente trabajo, que de manera extraordinaria también serían de titularidad pública, temporal o definitiva, según el caso, las actividades de servicios públicos que no obstante su liberalización o privatización, en razón de la activación de la garantía del servicio público universal, las autoridades competentes hagan obligatoria para el Estado o cualquiera de sus entidades territoriales, ante la inexistencia de operadores privados que se arriesguen a su prestación dadas las falencias del mercado.

Esta la razón elemental de porque en el estudio proponemos como caracterización central de la concesión administrativa la de la subsistencia de

titularidades públicas prestacionales vinculantes para el actuar administrativo y entendamos, en consecuencia, a la concesión como concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –dominio público–, servicios –servicios públicos– y obras –infraestructura pública–, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –concesiones administrativas– o contratos –negocios jurídicos públicos–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas– para explotarlos económicamente con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador.

2.- ¿Es cierto que constituye presupuesto vital del sistema de la contratación pública el del surgimiento del negocio estatal sobre bases objetivas de necesidades públicas, bajo el entendido de que el contrato configura un instrumento sustancial del Estado social y democrático de derecho en su articulación con la libertad de empresa, para el cumplimiento de sus finalidades constitucionales en relación con la comunidad ?

A lo largo de esta investigación, se ha verificado la hipótesis de que necesariamente toda estructuración de los contratos públicos, de manera especial los relativos a la concesión de servicios públicos, está sujeta a los imperativos materiales derivados de los principios del Estado social y democrático de derecho, en su articulación con la libertad de empresa e iniciativa individual, en la dirección de incidir positivamente en los intereses de la comunidad. Por lo tanto, que el origen del negocio público está determinado por las necesidades de la comunidad.

La información y los análisis jurídicos efectuados a lo largo de la investigación confirman que la sustentación y motivación del contrato estatal tan solo puede provenir de unas bases objetivas conectadas de alguna manera con los intereses de la colectividad y, que en virtud de esta realidad inobjetable, a la luz de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho, es evidente, bajo el modelo constitucional en cuestión, que el contrato público no es un fenómeno ligado de manera plena al individualismo jurídico, simple fuente de obligaciones, sino que por el contrario, incorpora en su estructuración la esencia misma de los intereses colectivos.

En tratándose del contrato de concesión de servicios públicos, dada su vinculación constitucional con los postulados y finalidades del Estado social, según lo ampliamente explicado en las páginas anteriores, las razones de su procedencia y operatividad deben estar explicadas por la administración en el fenómeno y conflicto social que se pretende atender con su configuración. Esto es, corresponde a una razonabilidad objetiva indiscutible que debe necesariamente quedar reportada y referida en las decisiones que fundadas en los criterios de ponderación y proporcionalidad, le den vida jurídica a la figura.

El estudio conforma lo dicho y para efectos de su consolidación se propone la reformulación integral del concepto de contrato estatal, abandonándose las elaboraciones y conceptualizaciones estrictamente individualistas y subjetivas del negocio público, incursionando por los senderos de un concepto de contrato estatal comprometido con las pautas del interés general, fuente también de derechos colectivos, consolidado a través de procesos de planeación sólidos que permitan razonar, explicar, fundamentar el negocio en todos sus aspectos.

La investigación en esta dirección confirma que la concesión de servicios públicos no es en sí misma un simple instrumento formal y, por lo tanto, en su estructuración deben haberse conjugado las múltiples variables que garanticen la prestación material del servicio bajo condiciones sociales aceptables constitucionalmente.

3.- ¿ Bajo el contexto del Estado social y democrático de derecho, en donde el contrato constituye un importante instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales, necesariamente el régimen jurídico del contrato debe corresponder a un modelo de estricto derecho administrativo altamente sustantivado, o si por el contrario, resulta coherente con la esencia de este postulado constitucional, la coexistencia de un régimen de la contratación pública y del contrato estatal propiamente dicho, caracterizado por la interrelación inmediata y necesaria de subsistemas jurídicos pertenecientes al ámbito del derecho positivo, dentro de los que se destaca el comercial y el civil, conforme a las expresas remisiones que al respecto efectúa nuestra ley de contratación pública, y hasta qué punto, bajo un esquema de esta naturaleza, se diluye el concepto de interés público o general?.

Al respecto, la investigación nos proporciona unos elementos muy interesantes en relación con el problema que podemos resumir en lo siguiente: lo que al Estado social de derecho es que la administración esté sujeta a un principio de legalidad que permita la materialización de sus cometidos independientemente de la norma positiva que se le pretenda aplicar.

4.- ¿Dada la descripción amplia y abierta del negocio de concesión de servicios públicos significa que de alguna manera la administración goza de liberalidad para estructurar los negocios concesionales? ¿La figura concesional en razón de esta característica está por fuera del alcance de los principios generales de la contratación administrativa y en consecuencia del de planeación negocial?

De acuerdo con la conceptualización adoptada en el estudio, tenemos que en el caso de la concesión nos encontramos ante un modelo de negocio, que si bien es cierto, se ubica dentro de los pocos que tienen una descripción normativa en la ley, al fin y al cabo hace parte de los contratos que por excepción el legislador tipificó en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, su tipificación de poco o de nada sirve en procura de una detallada, cierta y objetiva aproximación conceptual en torno a la figura; todo lo contrario, nos encontramos ante una anormal nominación negocial, que lo único que hace es destacar precisamente las características de abierta e impredecible de la

institución; modelo en blanco llamado a ser cargado en todos sus aspectos por la administración en cada caso concreto, no de manera arbitraria, sino siempre en la perspectiva del interés general, esto es, de manera planificada, razonada, proporcional y si es del caso, ponderando los principios fundamentales que eventualmente puedan entrar en conflicto al momento de adoptar las mejores decisiones en la materia.

No obstante lo anterior, de ninguna manera la información que nutrió ampliamente el presente estudio nos lleva a sostener que la administración, en tratándose de esta modalidad negocial, goce de este tipo de espacios libertarios, ellos no existen en manera alguna, no solo en materia contractual, sino en cualquier otra de las actividades públicas. Se admite que en hipótesis como las de la descripción legal del contrato de concesión, la administración goza de una habilitación tendiente a la estructuración del negocio correspondiente, de acuerdo a las circunstancias en que se reclame el mismo por las necesidades públicas, pero con estricta sujeción a las bases edificantes de un sistema democrático, que reprocha la arbitrariedad y que concibe al contrato como un instrumento de respuesta social y no un mecanismo oscuro de satisfacción de intereses individuales de funcionarios corruptos, por lo tanto, vinculado de manera sustancial a los procesos de planeación estructuradora plena de la administración.

Se advierte en las conclusiones parciales del estudio que la planeación pasa en este sentido a considerarse un claro deber funcional de carácter imperativo de la administración, cuyo propósito y finalidad es la de la consolidación de contratos realmente necesarios, adecuados y coherentes con las necesidades públicas y elaborados de manera consistente en todos sus aspectos, de manera razonada, justificada y motivada.

Significa este planteamiento que la concesión de servicios públicos se encuentra sujeta a las bases sustanciales de los principios generales de la contratación pública, en especial el de planeación, lo que compromete funcionalmente a las autoridades, en especial a las administrativas, en la

estructuración, en consecuencia, en el diseño de las decisiones administrativas y contratos relativos al mismo, conforme a los propósitos del Estado social y democrático de derecho, con el fin de que realmente surjan dirigidos a la satisfacción de las necesidades sociales y que en su ejecución sean coherentes con estas fórmulas de nuestro ordenamiento jurídico.

La decisión de concesionar y los contenidos mismos de la figura concesional están sujetas a consideraciones materiales, sustentadas en los principios de transparencia, planeación, participación, previsibilidad, no discriminación, igualdad de trato, protección a los derechos de particulares y usuarios, reconocimiento mutuo –este último de conformidad con la normativa internacional, contratos o convenios que comprometan al Estado– y, sobre todo, el del respeto profundo al interés público o general, que para estos efectos se configura como la gran brújula, el faro determinante del rumbo adecuado para la administración al momento de la adopción de la decisión en comento.

En este sentido, se debe destacar que toda concesión implica la interacción de intereses, sean estos los de la administración misma concedente, mediante acto unilateral o simplemente contratante, los de los beneficiarios o titulares de ella, sean contratistas o concesionarios, o los de la comunidad en general y, sobre todo, los de los terceros destinatarios de las prestaciones concesionadas o usuarios de los servicios concesionados, que si bien no ostentan bajo consideraciones clásicas del contrato la condición de parte, ni en muchos casos se hace alusión a ellos en los actos unilaterales de concesión, sí tienen, en virtud de la naturaleza de la relación inevitables vínculos jurídicos de especial consideración, significación, trascendencia y tratamiento que no pueden ser desconocidos en el diseño, planeación y ejecución de la concesión de servicios públicos.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los

presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado.

5.- ¿Cuál sería a la luz de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho, una metodología adecuada para garantizar una estructuración objetiva del contrato de concesión de servicios públicos, ausente de la arbitrariedad administrativa, teniendo en cuenta que en su estructuración esta figura es característicamente discrecional?

El fenómeno de la existencia de competencias o atribuciones que habilitan a la administración para la configuración de la normatividad conlleva de por sí situaciones conflictivas que ponen en riesgo el equilibrio propio que demanda todo poder democrático. Para estos efectos, después de profundas consideraciones, el estudio propone una metodología de por sí discutible, calificada por algunos de subjetiva, pero que en últimas, si bien es cierto, no nos ofrece respuestas propias de las ciencias exactas, al fin y al cabo el derecho no lo es, sí nos permite organizar un esquema de insumos, refuerzos y pesos para demarcar el camino más acertado en relación con las decisiones contractuales que deba adoptar la administración. Se le abre el paso, de esta forma, a un modelo metodológico adecuado, como lo es el derivado de la construcción constitucional de la ponderación y la proporcionalidad, que constituyen una base oportuna y adecuada para el ejercicio administrativo que nos ocupa.

Esta posición del estudio, como se dejó claramente expuesto en las consideraciones pertinentes sobre el asunto, las cuales me permito repetir, guarda coherencia y lógica con los nuevos rumbos y los modernos esquemas de atribuciones funcionales a las administraciones públicas en los modelos sociales y democráticos de derecho, en donde se observa un claro abandono al viejo derecho administrativo clásico, por su misma naturaleza reglado; hoy a la par de la asignación de responsabilidades estrictamente regladas, -

programación condicional - que para su concreción requieren de un simple y elemental ejercicio de adecuación normativa, juicio de legalidad o de mera subsunción, han evolucionado de manera evidente, significativa y por lo demás con una mayor trascendencia, atribuciones característicamente discrecionales, - programas finales en forma de directrices, y cláusulas generales de apoderamiento – que implica para la administración un profundo ejercicio de concreción en la medida de lo fáctica y jurídicamente, esto es, mediante el agotamiento metodológico de la proporcionalidad y ponderación.

El mecanismo concesional, como instrumento de acceso al servicio público, debe estructurarse, en consecuencia, sobre bases de proscripción a la arbitrariedad en todas sus expresiones y haciendo del servicio un ámbito realmente adecuado tendiente a la satisfacción sustancial de los intereses generales, lo que le imprime a las decisiones administrativas y a los negocios correspondientes, una sustantividad propia y una caracterización particular que permite diferenciarlos de simples decisiones de contenido subjetivo o de negocios sustentados exclusivamente en razones individualistas, para estos efectos, juega papel importante y trascendente el método de la ponderación y de la proporcionalidad.

Este aspecto sustancial no puede ser desconocido en la estructuración de cualquier modalidad de concesión, en aras de un equilibrio razonable no solo en cuanto se relaciona con la regulación misma del servicio concesionado, en donde la ley y las decisiones generales de la administración al igual que los antecedentes, motivaciones y justificaciones previas del acto unilateral o del negocios propiamente dicho, juegan un papel trascendente y vinculante, sino también frente a los intereses que el acto unilateral o el negocio puedan involucrar.

En esta misma dirección, los criterios metodológicos de la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad propuestos, en conjunción con los principios básicos enunciados, deberán en todo momento conformar un sólido marco sustentador de la concesión administrativa, bajo el manto conceptualizador del

sistema democrático. El propósito es evitar, dado el carácter y la significación de la institución concesional, dicotomías perturbadoras y agresivas al régimen constitucional, mediante manipulaciones arbitrarias de la figura por parte de la administración – ¿democracia o infraestructura?; ¿democracia o servicio público?, ¿bienes y espacio público o iniciativa privada y capital?– entre otras. El propósito indiscutible del modelo que deducimos para efectos de la presente obra, en relación con la concesión administrativa, no es otro que el que busca mantener, a partir de una sana y técnica estructuración de los proyectos concesionales, la estabilidad entre los ámbitos propios de lo público, con los intereses del particular, sosteniendo el necesario equilibrio entre democracia y necesidades apremiantes de explotación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras de titularidad pública, al igual que entre los propósitos y finalidades constitucionales del modelo de Estado social de derecho y los valores propios de la libertad de empresa e iniciativa privada, todo esto, en la búsqueda incansable de una figura concesional adecuada con nuestro modelo constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES

ABENDROTH, Wolfgang. "El Estado de derecho democrático y social como proyecto político", publicado en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

AHUMADA, Consuelo. *El modelo Neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, El Ancora Editores, Bogotá, 2000.

ALEXY, Robert. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy. *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ANKUN, Hans. *La noción de *ius publicum* en derecho romano*, Madrid, AHDE, 1983, Tomo LII.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, Almedina, Coimbra, 2007.

ARGUELLO, Alcibíades y BUENAHORA, Luís. *Derecho administrativo colombiano*, Talleres de Ediciones Colombia, Bogotá, 1927.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Fundación de Estudios de Regulación, Comares, Granada, 1999.

_____. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y otros. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en Ortega y De la Sierra. *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Ponds, Madrid, 2009.

_____. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BAUTISTA MÖLLER, Pedro José. *El contrato de obra pública. Arquetipo del contrato administrativo*, Canal Ramírez Antares (s. f.), Bogotá.

BECERRA LÓPEZ, Luís. *Apuntamientos de derecho administrativo colombiano*, Topografía Bonivento Torres, Santa Marta.

BEJARANO ÁVILA, Jesús Antonio. "La economía entre 1930 y 1945", publicado en *Nueva Historia de Colombia*, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá, 1989, Tomo V.

BENAVIDES, José Luis. *Riesgos contractuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*, Desalma, Buenos Aires, 1980.

BERNAL PULIDO, Carlos. "Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy", en *La ponderación en el derecho* de Eduardo Montealegre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

_____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

_____. *Estructura y límites de la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

_____. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales* (Artículo), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

BETANCUR RODRÍGUEZ, Andrés. *El acto ejecutivo. Origen y formación de la categoría central del derecho administrativo*, Madrid, 1992.

CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Inap, Madrid, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. "El servicio Público en el campo de la contratación administrativa", publicado en *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, obra conjunta con el profesor Gaspar Ariño Ortiz, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

_____. *Derecho administrativo*, LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, Tomo II.

_____. *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

CASSESE, Sabino. “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, publicado en *Trattato di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, Tomo I.

_____. *Le basi del diritto amministrativo*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1991.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Dykinson, Madrid, 1996.

CASTAÑO PARRA, Daniel. *La concesión: pasado y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional y de hoy*, (inédito, próxima a publicación por la Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Administrativo, Bogotá, 2010).

CASTRO MARTÍNEZ, José Joaquín. *Tratado de derecho administrativo*, Editorial Argra, Bogotá, 1950.

CEPEDA ESPINOSA, José Manuel. “La ponderación de derechos en Colombia. El aporte de la jurisprudencia constitucional”, en Montealegre. *La ponderación en el derecho*, cit.

COMTE, Auguste. *Discurso sobre el espíritu positivo*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

COSTA, Pietro. “O Estado de direito: Uma introdução histórica”, en *O Estado de direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

CRETELLA JR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, Forense, Rio de Janeiro, 1978.

CHAPMAN. “La devolution de pouvoirs aux institutions autonomes”, ponencia general presentada en el XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Wiesbaden, 1959, p. 11, citado por GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, cit.

CHATELET, Francois y PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *As concepções políticas do século XX. História do pensamento político*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1983.

CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, Presses Universitaires de France,

Paris, 1991.

CHUECA GOITI, Fernando. *Breve Historia del Urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, nº 28.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El antiguo régimen y la revolución*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

DEL SAZ, Silvia. "Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional", publicado en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, Tres estudios, U N E D, Civitas, Madrid, 1992.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus Alfaguara, Madrid, 1991.

DOEHRING, Karl. "Estado social, Estado de derecho y orden democrático", publicado en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

DUGUIT, León. *El pragmatismo jurídico*, Ediciones Coyoacán, México, 2008.

_____. *Fundamentos do direito*, LZN Editora, Campinas, 2003.

_____. *Introducción a su obra, las transformaciones del derecho público*, Francisco Beltrán - Librería española y extranjera, Madrid, 1926.

_____. *La transformación del Estado*, Francisco Beltrán - Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.

_____. *Las transformaciones del derecho (Público y Privado)*, Editorial Heliasta, SRL, Buenos Aires, 1975.

_____. *Las transformaciones del derecho público*, Francisco Beltrán - Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915.

_____. *Manual de derecho constitucional*, Francisco Beltrán - Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.

_____. *Soberanía y libertad*, Editorial Tor, Buenos Aires, 1943.

DURKHEIM, Émile. *La división del trabajo social*, Editorial Gorla, Buenos Aires, 2008.

_____. *Las Reglas del Método Sociológico*, Editorial Schapire, Buenos Aires, 1965.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

ECHANDIA, Darío. “Exposición de motivos al proyecto de reforma constitucional puesto a consideración del Congreso Nacional por el Ministro de Gobierno Darío Echandía”, el 10 de septiembre de 1934. *Anales de la Cámara de Representantes*, nº 55, Bogotá, 25 de septiembre de 1934.

_____. Prólogo al libro *Tratado de derecho administrativo* de José Joaquín Castro Martínez, Editorial Argra, Bogotá 1950.

ENGISCH, Kart. *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Legis, Bogotá, 1999.

ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales*, Dike, Medellín, 1994, Tomo II – Contratos.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, Vol. II, Parte especial.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. *Derecho público romano*, Thomson. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2005.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Los contratos administrativos*, Librería General de Vitoriano Suárez, 1927.

FERRAJOLI, Luigi. “O Estado de direito entre o passado e o futuro”, en *O Estado de direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

FORSTHOFF, Ernst. “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, publicado en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

_____. “Problemas constitucionales del Estado social”, publicado en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

_____. *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1981.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y otro. *Curso de derecho administrativo*,

Civitas, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 2000.

_____. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1993.

_____. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

_____. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA GALLO, Alfonso. *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI - XVIII*, AHDE, Madrid, 1974, Tomo XLIV.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Prólogo a la edición española de los principios generales del derecho administrativo de Gastón Jéze*, Editorial Reus, Madrid, 1928.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1984.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994, Tomo I.

_____. *Tratado de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992, Tomo II.

GAUDEMET, Yves. *Traite de droit administratif*, LGDJ, Paris, 2001, Tomo I.

GERHARDT, Michael. "Verwaltungsgerichtsordnung", en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, citado por Schmidt-Assmann. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, nº 114, Mar. 5., cit.

GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Editorial Reus, Madrid, 1978.

GONZÁLEZ, Jorge Iván. *No hay falacia neoliberal, en la falacia neoliberal. Críticas y alternativas*, Universidad Nacional de Colombia, 2003.

GRANADILLO OCAMPO, Raúl Enrique. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

GURVITCH, Georges. *La Idea del derecho social*, Editorial Comares SL, Granada, 2005.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

HAURIOU, Maurice y RIVERO, Jean. "Derecho administrativo", publicado en *Páginas de Derecho Administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.

HAURIOU, Maurice. "Précis de droit Administratif et de droit Public", prefacio a la edición *Las prerrogativas Públicas y el Servicio Público*, Edit. Recuel Sirey, Paris, 1927.

_____. *Obra escogida*, IEA, Madrid, 1976.

_____. *Précis de droit administratif et de droit public*, Recueil Sirey, Paris, 1927, 11ª ed.

_____. *Principios del derecho público y constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1928.

HAYEK, Friedrich. *Camino de servidumbre*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

_____. *Los fundamentos de la libertad*, Biblioteca de economía, Folio, Barcelona, 1996, Tomos I y II.

HELLER, Hermann. "¿Estado de derecho o dictadura?", publicado en *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

_____. "Europa y el Fascismo", en *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

_____. "Las ideas socialistas", publicado en *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

_____. "Socialismo y nación", en *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

_____. *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

HENAO, Juan Carlos. "¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?", en *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

_____. "La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés", en *Derecho público a comienzos del siglo XXI*, estudio homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías, Civitas, Madrid, 2003, Tomo III.

HERNÁNDEZ, Nicolás. "Privatizaciones: Significado y razón de ser desde el punto de vista económico", publicado en *Privatización y liberalización de servicios*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No 3, 1999.

HERRERA CALDERÓN, Julián. "Contratos estatales en Colombia", en [\[www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/contraest.htm\]](http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/contraest.htm).

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

HOMO, León. *La Roma imperial y el urbanismo de la Antigüedad*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1956.

IVANEGA, Miriam Mabel. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, Sherwood, Caracas, 2006.

JAMES, Émile. *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, Fondo de Cultura Económico, México, 2002.

JESTAEDT, Mathias. "La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades", en Eduardo Montealegre. *La ponderación en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

JEZE, Gastón. *Les contrats administratifs de L`état, des départements, des communes et des établissements publics*, Marcel Giard Libraire-éditeur, Paris, 1932.

_____. *Principios generales del derecho administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, Tomo II-1.

JEZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, Tomo III.

_____. *Principios generales del derecho administrativo*, Editorial Reus, Madrid, 1928.

_____. *Principios generales del derecho administrativo*, prefacio del autor a la edición argentina, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, Tomo I.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões do serviço público*, Dialética, São Paulo, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

_____. *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de

México, México, 1983.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

LANDI, Guido. "Licenza (diritto amministrativo)", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1974, Tomo XXIV.

LEVENE, Ricardo. *Fuentes del derecho indiano*, AHDE, 1924, Tomo I.

LIBERAN, Mario. *L'origine delle città. Le prime comunità urbane del vicino Oriente*, Editori Riuniti, Roma, 1986.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *El principio de proporcionalidad y la ley penal*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.

LÓPEZ GARAVITO, Luis Fernando. *Pensamiento económico y fiscal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

LÓPEZ PINA, Antonio. "Fascismo o Democracia, dilema de Hermann Heller", Prólogo al libro *Escritos Políticos de Hermann Heller*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

LUDWING VON MISES, F.A.. *Política económica*, El ateneo Editorial, Buenos Aires, 1993.

LLERAS RESTREPO, Carlos. "La obra económica y fiscal del liberalismo", publicado en *Nueva Historia de Colombia*, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá, 1989, Tomo V.

MAGALDI, Nuria. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

MAINE, Henry. *El derecho antiguo*, Editorial Extemporáneos, México, 1979.

MAMELI, Barbara. *Servizio pubblico e concessione*, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

MARGADANT, Guillermo F. *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, México D.F., 1985.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Tomo V.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad administrativa*,

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

MARTÍN MATEO, Ramón. “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”, en RAP, 1968, nº 56.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho económico I*, La Ley Madrid, 1988.

_____. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

MAURER, Hartmut. *Elementos do direito administrativo alemão*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1950, Tomo II.

_____. *Derecho administrativo alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1982, Tomo III.

MAYNARD KEYNES, John. “El final del laissez-faire (1926)”, publicado en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Ediciones Orbis S.A., Barcelona, 1987.

MAYORGA, Fernando. *Codificación de la legislación en Colombia. Procesos de unificación del sistema jurídico*, Biblioteca Virtual del Banco de la República, Bogotá, 2005.

MAZEAUD, Henri y otros. *Lecciones de derecho civil*, Ediciones Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1969, Volumen I, Parte Segunda.

MEILÁN GIL, José Luis. *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

_____. *Proceso tecnológico y servicio público*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

MELO, Jorge Orlando. “La evolución económica de Colombia”, publicado en *Nueva Historia de Colombia*, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá, 1989, Tomo II.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004.

MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

MONEREO PÉREZ, José Luis y GONZÁLEZ, José Calvo. “Objetivismo jurídico

y teoría de los derechos en León Duguit”, trabajo introductorio a la edición española del libro clásico de León Duguit *Las transformaciones del derecho público y privado*, Comares, Granada, 2007.

MORENO MOLINA, José Antonio. *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história. Suas origens, transformações e perspectivas*, Martins Fontes, São Paulo, 2004.

MÚNERA RUIZ, Leopoldo. *Estado, política y democracia en el neoliberalismo, en la falacia neoliberal. Críticas y alternativas*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, Tomo I.

NIEMEYER, Gerhart. Prólogo al libro *Teoría del Estado* de Hermann Heller, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

NIETO ARTETA, Luís Eduardo. *Economía y cultura en la historia de Colombia*, Banco de la República, El Áncora Editores, Bogotá, 1996.

NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana. *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

OTS CAPDEQUÍ, José María. *El Estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.

_____. *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1968.

PALACIOS MEJÍA, Hugo. *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Santa Fe de Bogotá, 1999.

_____. *La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión. Concesiones en infraestructura*, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 1996.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*, Marcial Pons, 1993, Tomo I.

_____. *Derecho administrativo. Bienes públicos derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

PAREJA, Carlos H. *Curso de derecho administrativo. Teórico y Práctico*, Edit. A. B. C., Bogotá, 1937.

PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. *Manual de derecho administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, Vol I.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Estudio preliminar al libro *Libertad de empresa en el Estado social de derecho* de Magdalena Correa Henao, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

_____. “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos”, en RAP, nº 153 septiembre-diciembre de 2000.

_____. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara. *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Once-Civitas, Madrid, 2002.

_____. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

_____. *Derecho administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003.

_____. *Derecho urbanístico, instituciones básicas*, Ediciones Ciudad Argentina, Mendoza, 1986.

_____. *Eficacia y administración*, Tres Estudios, MAP, Madrid, 1995.

_____. *El concepto del derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.

_____. *El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones*, Universidad Carlos III, Madrid.

_____. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.

PELLICANI, Luciano. “Estado de bienestar”, publicado en *Diccionario*, Op. Cit. Supra.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Documentos para la historia del derecho*

administrativo en Colombia (inédito, próxima publicación por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Le service public dans la théorie de L'état de León Duguit*, L.G.D.J., Paris, 1972.

POSADA, Adolfo. *Estudio preliminar a la obra de Duguit, las transformaciones del derecho público*, Librería española y extranjera Francisco Beltrán, Madrid, 1926.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, en Ortega y De la Sierra. *Ponderación y derecho administrativo*, cit.

_____. “El juicio de ponderación constitucional”, publicado en CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en RAP, 1999, nº 150.

_____. *De la arbitrariedad de la administración*, Civitas, Madrid, 1994.

RANELLETTI, Oreste. *Teoria generale delle autorizzazione e concessione amministrativa in giurisprudenza italiana*, 1894.

RESTREPO BOTERO, Darío. “De la falacia neoliberal a la nueva política”, en *La falacia neoliberal. Críticas y alternativas*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.

RIVERO, Jean. “¿Existe un criterio de derecho administrativo?”, publicado en *Páginas de Derecho Administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.

_____. *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

ROCHA, Antonio Manuel da y outro. *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2007.

RODRIGO MEJÍA PAVONY, Germán. *Los años del cambio. Historia urbana de Bogotá - 1820-1910*, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 2000.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

_____. “Ponderación y actividad planificadora de la administración”, en Ortega y De la Sierra. *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons,

Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RUIZ OJEDA, Alberto. *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

SAMPAY, Antonio Enrique. *Prólogo al libro La teoría de la institución y de la fundación*, (Ensayo de Vitalismo Social), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D.. *Economía*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ, Jaime. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1973.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., Madrid, 1991.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y decisión administrativa de licencia urbanística", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2008, nº 2.

_____. *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2009.

_____. *Tratado de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, Tomo I.

_____. *Tratado de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, Tomo IV.

SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. *La teoría del riesgo y la responsabilidad civil, en estudios de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

SARMIENTO PALACIO, Eduardo. *Alternativas a la encrucijada neoliberal*, ECOE Ediciones, Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Editorial Escuela Colombiana de Ingeniería, Bogotá, 1998.

_____. *Como construir una nueva organización económica. La inestabilidad*

estructural del modelo neoliberal. Elementos para un Estado estratégico, Editorial Oveja Negra, Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Editorial Escuela Colombiana de Ingeniería. Bogotá, 2000.

_____. *El nuevo paradigma. De la estabilidad, el crecimiento y la distribución del ingreso*, Editorial Escuela Colombiana de Ingeniería, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2005.

SARMIENTO PALACIO, Germán. *La acciones populares en el derecho privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988.

SARMIENTO RAMÍREZ – ESCUDERO, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988.

SCHAMIS, Hector. “La economía conservadora en América Latina y Europa occidental: orígenes políticos de la privatización.” Publicado en Oscar Muñoz, *Después de las privatizaciones, el Estado regulador*, Cieplan, Santiago, 1993.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003.

SEVERO GIANNINI, Massimo. “L’amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo”, en *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, Vol. I.

_____. *Diritto pubblico dell’economia*, Il Mulino, 1995.

_____. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.

SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura económico, México, 1997.

SOGGIA, Bruno. “Capitalismo”, Publicado en *Diccionario de Política*, de Norberto Bobbio y Incola Matteucci, Siglo Veintiuno Editores, México, 1985,

Tomo I.

SORACE, Domenico. *Estado y servicios públicos*, Palestra, Lima, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*, Taurus, Bogotá, 2002.

_____. *Los felices 90. La semilla de la destrucción*, Santillana, Madrid, 2005.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Diké, Medellín, 2001.

TEIXEIRA DO AMARAL, Marcos Jordão. *Privatização no Estado contemporâneo*, Come Editora, São Paulo, 1996.

TIGAR, Michael E. y LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1978.

TIRADO MEJÍA, Álvaro y VELÁSQUEZ, Magdala. *La reforma constitucional de 1936*, Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1982.

TIRADO MEJÍA, Álvaro. *Introducción a la historia económica de Colombia*, El Áncora Editores, Bogotá, 2001.

TOBAR ZAMBRANO, Bernardo. "Economía colombiana -. (1886-1922)", publicado en *Nueva Historia de Colombia*, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá, 1989, Tomo V.

TOMAS, Roger. *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia. Concesiones en infraestructura*, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, Bogotá, 1996.

VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia. *Ejecución y financiación de obras públicas*, Fundación Caixagalicia, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

VAÑÓ VAÑÓ, María José. *El contrato de Project Finance, Tirant lo Blanch*, Valencia. 2002.

VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*, Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2006.

VIDAL PERDOMO, Jaime. "La reforma constitucional de 1936, un programa liberal", prólogo al libro *La Reforma Constitucional de 1936* de Álvaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez, Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1982.

_____. "Mito y realidad del servicio público", ponencia Congreso

Internacional sobre *El derecho administrativo ante el nuevo siglo*, Madrid, 2000.

_____. *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1994.

_____. *El contrato de obras públicas. Comentarios al Decreto 150 de 1976*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

_____. *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1970.

_____. *La noción de contrato estatal*, artículo SDE.

VILLAR EZCURRA, José Luis. “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti)*, 2001, nº 10.

VILLAR PALASI, José Luís y VILLAR ESCURRA, José Luís. *Principios de derecho administrativo*, Universidad de Madrid, 1983, Tomo III.

VILLAR PALASI, José Luís. *Concesiones administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Editorial Francisco Seix. S.A., Barcelona, 1981, Tomo IV.

_____. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Madrid, 1968.

_____. *Lecciones sobre contratación administrativa*, Facultad de Derecho Madrid, Madrid, 1969.

VON MISES, Ludwing. *Política económica*, Librería el Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1979.

WEIL, Prosper. *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1994.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público*, Palestra, Fundamentos, Lima, 2005.

ZOLO, Danilo. “Teoria e crítica do Estado de direito”, en *O Estado de direito: história, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”, en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti), nº 22, 2005.

_____. “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica”, publicado en Privatización y Liberalización de Servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No 3, 1999.

_____. “Infraestructuras: nuevo marco legal”, en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti), nº 10, 2001.

_____. “La idea liberal y la reforma al Estado”, en Cuenta y Razón, nº 6, 1982.

ATIENZA, Manuel. “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una Polémica”, en Reda, No 85, Marzo de 1995.

BARNES, Javier. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en RAP, nº 135, 1994.

BASSOLS COMA, Martín. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, en RAP, No 84, 1977.

BENDECK OLIVELLA, Jorge. “Exposición de Motivos a la Ley 80 de 1993”, en Gaceta del Congreso, Nº 75, 23 de septiembre de 1992.

BORRAJO INESTA, Ignacio. “El intento de huir del derecho administrativo”, en R. E. D. A, Nº 78, Civitas, abril-junio de 1993.

BULLINGER, Martín. “El servicio público francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania”, en RAP, No 166, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los proceso de privatización”, en RAP, nº 157, 2002.

DE ASÍS ROIG, Agustín E.. “Tres sentencias sobre la cláusula de precario en el derecho administrativo”, en RAP nº 116, 1988.

DEL SAZ, Silvia. “Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional”, en Nuevas perspectivas del derecho administrativo, Tres estudios (s. l.), UNED-Civitas, 1992.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “El Estado social”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 69, 2003.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. “Cuatro maestros de Paris, una época del derecho administrativo”, en REDA, No 26, Julio –Septiembre de 1980.

_____. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, en RAP, No 17, 1955.

_____. “La figura del contrato administrativo”, en RAP, No 41, 1963.

_____. “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, en RAP, No 2, 1950.

_____. “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario”, en RTDP, 1960.

GARCIA TREVIJANO FOS, J.A.. “Aspectos de la administración económica”, en RAP, No 12, Septiembre-Diciembre de 1950.

GARRIDO FALLA, Fernando. “¿Réquiem por el servicio público?”, en Cuenta y razón, No 116, 2000.

_____. “El concepto de servicio público en el derecho español”, en RAP, No 135, 1994.

GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés M. “Libre competencia en la infraestructura demanial”, en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti), nº 4, 1999.

HERNÁNDEZ, Nicolás. “Privatizaciones: significado y razón de ser desde el punto de vista económico”, en Privatización y liberalización de servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 3, 1999.

JÉZE, Gastón. Prefacio a la edición “Las prerrogativas públicas y el servicio público”, en Revista Rumana de “Drept Public”, Abril-Junio de 1926, Citada por M. Hauriou en Précis de droit Administratif et de droit Public, Edit. Recuel Sirey, Paris. 1927.

MALARET GARCÍA, Elisenda. “Administración pública y servicios públicos: La creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado de bienestar”, en Diritto Pubblico, No 1, 2002.

_____. “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?” en Revista de Estudios de la Administración Local, No 291, Enero-Abril de 2003.

_____. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos

de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades de transformación del contexto” en Revista de Administración Pública, No 145, Enero - Abril de 1998.

MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, Angel. “El poder administrativo”, en REDA, No 33, 1982.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en RAP, No 100-102, 1983.

_____. “El nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras”, en UNAM, Acervo Biblioteca Jurídica Virtual, tomo IIJ.

MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, José Luis. “Nuevo Sistema Conceptual”, publicado en Privatización y Liberalización de Servicios. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No 3, 1999.

MONEREO PÉREZ, José Luis y otro. “León Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación”, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, No 4, Julio-Diciembre 2005.

MONTES DE ECHEVERRI, Susana. “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”, en Revista de Derecho Público, No 11, Universidad de los Andes, junio de 2000.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Las concepciones de derecho administrativo y la idea de participación en la administración”, en RAP, No 84, Sep-Dic, 1977.

NIETO, Alejandro. “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, En RAP No 81, septiembre-diciembre de 1976.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. “El reto dogmático del principio de eficacia”, en RAP, nº 133, 1994.

OSSENBÜHL, Fritz. “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 32, 1991.

PALACIOS MEJÍA, Hugo. “El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150”, en Revista Economía Colombiana, No 321, Contraloría General de la República, Bogotá, Noviembre de 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El Estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos”, en RAP, No 153 septiembre – diciembre de 2000.

PESET REIG, Mariano. “Notas para una interpretación de León Duguit”, en Revista de Estudios Políticos, No 157, 1968.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy, en RAP, No 150, 1999.

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. “La administración pública y el concepto de daseinsvorsorge”, en RAP, No 38, mayo- agosto de 1962.

_____. “Reflexiones sobre las privatizaciones”, en RAP, nº 144, 1997.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA., Servicios Públicos Domiciliarios, Publicado por la Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales “Gerardo Molina”, Ministerio de Justicia y el Derecho, Bogotá, 1997.

VILLAR PALASÍ, José Luís. “La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo, en RAP, No 3, Septiembre- diciembre de 1950.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997.
Corte Constitucional, Sentencia C-128 de 2003.
Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 1996.
Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2000.
Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001.
Corte Constitucional, Sentencia T – 540 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia C – 524 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia C – 535 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia C- 250 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia C- 551 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C- 580 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia C- 892 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C- 949 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 2004.
Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 2006.
Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 1997
Corte Constitucional. Sentencia C-068 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1998.
Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C-110 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia C-1165 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 1998.
Corte Constitucional. Sentencia C-1404 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia C-173 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C-183 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 2006.
Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2002.
Corte Constitucional. Sentencia C-397 de 1998.
Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1995.
Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia C-444 de 1998.
Corte Constitucional. Sentencia C-448 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia C-493 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995.
Corte Constitucional. Sentencia C-584 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia C-606 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2004.
Corte Constitucional. Sentencia C-740 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2002.
Corte Constitucional. Sentencia T- 425 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-052 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-1186 de 2004.
Corte Constitucional. Sentencia T-218 de 1995.
Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-472 de 1993.
Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992.

CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 agosto de 1998, C. P.: Juan de Dios Montes, exp. 1042.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de agosto de 1999. Cp German Rodríguez Villamizar. Exp. ACU 798.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 18 de noviembre de 1999. Cp Maria Elena Giraldo Gómez. Exp. ACU 1016.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de marzo 31 de 1995. C.P. Delio Gómez Leyva, , Rad.: 4834.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).C P: Dr. Yesid Rojas Serrano.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 9 de diciembre de 2004. Exp 27.921. Mp Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2004, febrero 26. Cp German Rodríguez Villamizar. Exp 14043.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2007. Cp.- Mauricio Fajardo Gómez

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 1996. Exp 10.151 del 9 de mayo de 1996.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 14 febrero de 2002. Exp: 13238.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 14 febrero de 2002. Exp: 12924

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 22 febrero de 2001. Exp: 13682

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 17 mayo de 2001. Exp: 13635

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Cp.- Enrique Gil Botero

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 1996. Exp 10.151 del 9 de mayo de 1996.

Consejo de estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Cp.- Ricardo Hoyos Duque Exp.- 14.577

Consejo de estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. Cp.- Ricardo Hoyos Duque Exp.- 14.781

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Cp.- María Elena Giraldo Gómez. Exp.- 14.578

Consejo de estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Cp.- Exp.- 12342.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 20 de noviembre de 2003. Exp. 01503(AP).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004. Exp 1750-01(AP).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de julio de 2003. Exp 8326. a, Magistrado Ponente, Jorge Castillo Rugeles. 029-1999)." [sic]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 2 de septiembre de 2002. Exp. 6306.¹ Constitución Política de Colombia. "Artículo 102.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de octubre de 2002. Exp 0132-01(AP).